Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551520_0036

Bestimmung der Leistung
durch einen Dritten.

Inaugural-Dissertation

der

Juristischen Fakultät der Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Fritz Arndt.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1910.

Referent: Herr Professor Dr. Walsmann.

Meinen lieben Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. **Einleitung** 1

A. Anwendungsgebiet, Gegenstand und Zweck der §§ 317—319.

§ 2. a. Anwendungsgebiet im BGB. 5
b. allgemein 10
c. Einschränkungen 13

§ 3. Unterschied zwischen Schiedsgutachter und Schiedsrichter inbezug auf den Gegenstand ihrer Tätigkeit 14

§ 4. Die Beziehung der §§ 317 ff. zur Arbitrage 20

§ 5. Zweck 27

B. Inhalt des Bestimmungsrechts des Dritten.

§ 6. Grundlage 31

§ 7. Bestimmung nach billigem Ermessen und freiem Belieben 33

§ 8. Das spezielle Anwendungsgebiet beider Bestimmungsarten 41

§ 9. Verhältnis der Bestimmung zum Hauptvertrage.
a. der Bestimmung nach billigem Ermessen 49
b. der Bestimmung nach freiem Belieben . 53

§ 10. Juristische Natur der Bestimmung . . . 55

§ 11. Ausübung des Bestimmungsrechts 61

§ 12. Stellung des Dritten zu den Parteien . . 66

C. Unwirksamkeit der Bestimmung: Seite

I. Der Bestimmung nach billigem Ermessen:

§ 13. a. Der Gutachtsvertrag ist kein prozeßrechtlicher Beweisvertrag; daher tritt Ersatz durch richterliches Urteil ein . . 69

b. Unwirksamkeitsgründe 75

§ 14. Beweislast 78

§ 15. Geltendmachung der richterlichen Bestimmung

a. Natur der richterlichen Bestimmung . . 80

b. Natur der Klage 85

II. Anfechtung der Bestimmung nach billigem Ermessen und der nach freiem Belieben:

§ 16. Wegen Irrtums, Drohung und Täuschung. Sonstige Nichtigkeitsgründe 87

§ 17. Kann nach Anfechtung der Bestimmung der Dritte noch einmal bestimmen? . . . 96

§ 18. Bedeutung der Anfechtung wegen Irrtums usw. gegenüber der Anfechtung wegen offenbarer Unbilligkeit 98

Literatur-Verzeichnis.

Apt, Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Berlin 1907.

Bartelt, Die Auslobung, Dissertation. Greifswald 1900.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. II. Erlangen 1884.

Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901.

Blociszewski, Die Bestimmung des Leistungsinhalts eines Schuldverhältnisses, Dissertation. Borna-Leipzig 1903.

Biermann, Bürgerliches Recht. Bd. I. Berlin 1908.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. I. Leipzig.

Bülow, Dispositives Zivilprozeßrecht. Archiv f. ziv. Praxis. Bd. 64. S. 1 ff.

Claparede, de, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzuge. Genf 1903.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I. 4. Aufl. Jena 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrecht. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I, II, 1, II, 2. 1902.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht. Bd. I, II, 1. 3. Aufl. Halle 1905.

Dernburg, Pandekten. Bd. II. 7. Aufl. Berlin 1903.

D. Jur. Ztg., Jahrg. 1904, 1905, 1908.

Els.-Lothring. Juristenztg., Jahrg. 1908.

Elster, Die Lehre von der Auslobung, Arch. f. Bürgerl. Recht. Bd. 18, S. 125 ff.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I und II. 9. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus, Das Bürgerliche Recht. Bd. I. 3. Aufl. Marburg 1908.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Frommer, Die Arbitrageklausel im Getreidehandel in der Ztschrft. f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 18, S. 325 ff.

Gareis, Das Deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. Berlin 1909.

Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung. 8. und 9. Auflage. Tübingen-Leipzig 1906.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerl. Gesetzbuch. Bd. I. 2. Aufl. Berlin 1901.

Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 51, Nr. 13, S. 206.

Gutachtliche Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB. Bd. II. Berlin 1890.

Hayum, Der Schiedsvertrag, Dissert. Tübingen 1892.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. Jena 1900.

Hellwig, Lehrbuch z. Deutschen Zivilprozeßrecht. Bd. II. Leipzig 1907.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB. München 1900.

Juristische Wochenschrift, Jahrgänge 1891, 1893, 1902, 1904, 1908.

Kisch, Beiträge zur Urteilslehre. Leipzig 1903.
Kohler, Gesammelte Beiträge z. Zivilprozeß. Berlin 1894.
Kohler, Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen in Gruchot's Beiträge z. Erläuterung d. Deutschen Rechts. Bd. 31, S. 301 ff.
Kohler, Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung in der Ztschr. für Deutschen Zivilprozeß. Bd. 29, S. 34 ff.
Kipp, Körperschaftliche Rechtsverhältnisse in Iherings Jahrbuch für Dogmatik. Bd. 35, S. 334 ff.
Kuhlenbeck, Das BGB. Bd. I. Berlin 1903.
Liebe, Das Bürgerliche Recht. Bd. I. Leipzig 1904.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.
Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch. Bd. II. Berlin 1901.
Makower, Handelsgesetzbuch. Bd. II. 13. Aufl. Berlin 1907.
Matthias, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1900.
Meisner, Das BGB. Breslau 1898.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. Bd. II. Berlin-Leipzig 1898.
Neumann, BGB. Bd. I. 5. Aufl. Berlin 1909.
Oppler, Schiedsvertrag und Schiedsmännervertrag im Recht. 1906.
Örtmann, Allgemein. Teil d. BGB. 2. Aufl. Berlin 1908.
Örtmann, Recht d. Schuldverhältnisse. 3. Aufl. Berl. 1910.
Petersen-Anger, Zivilprozeßordnung. Bd. I. 4. Aufl. 1899 und Bd. II. 4. Aufl. 1901.
Planck, BGB. Bd. I. und II. Berlin 1903 bzw. 1907.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eine BGB. Bd. I und II. Berlin 1898.
„Recht," das, Jahrg. 1900, 1904, 1905, 1906, 1907, 1908.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 6, 16.

Recke, Das Ermessen im BGB. im Archiv für Bürgerl. Recht. Bd. 20, S. 136 ff.

Rehbein, Das BGB. Bd. II. Berlin 1903.

Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche. N. F. 1900—1906. Breslau 1906.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse, BGB. Bd. II. §§ 241—853. Erlangen 1899.

Schirmer, im Archiv f. zivil. Praxis. Bd. 91, S. 136 ff.

Schollmeyer, Komment. z. BGB. Bd. II,1. München 1900.

Seuffert, Zivilprozeßordnung. Bd. I. 9. Aufl. 1904, Bd. II. 8. Aufl. München 1903.

Seufferts Archiv f. Entscheidungen d. obersten Gerichte. Bd. 30, 32, 47, 56, 57, 60.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. II. 6./7. Aufl. Berlin 1900.

Staudinger, v., Kommentar z. BGB. Bd. I. 3./4. Aufl. 1907. Bd. II a, b, V. 2. Aufl. 1906.

Striethorst, Archiv für Rechtsfälle. Bd. 20, 27.

Struckmann-Koch, Zivilprozeßordg. Bd. I, II. 8. Aufl. 1901.

Weisman, Das Schiedsgutachten im Archiv für zivil. Praxis. Bd. 72, S. 269 ff.

Weismann, Lehrb. d. Zivilprozeßrechts. Bd. I. Stuttg. 1903.

Weismann, Die §§ 355—357 des Entwurfs eines BGB. im Archiv f. zivil. Praxis. Bd. 74, S. 422 ff.

Wiener, Die Errichtung der Aktiengesellschaft in der Ztschrft. f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 24, S. 42.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II und III. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Zander, Klauseln im Handelsverkehr, in Gruchots Beiträge zum Deutschen Recht. Bd. 49, S. 792 ff.

Einleitung.

§ 1.

Das BGB hat es nicht für nötig befunden, die Bestimmung, die der Entwurf I. in seinem § 352 enthielt und die lautete:

„Ist die Leistung, welche den Gegenstand eines Vertrages bilden soll, weder bestimmt bezeichnet, noch nach den im Vertrage enthaltenen Bestimmungen zu ermitteln, so ist der Vertrag nichtig“ zu übernehmen. Sie ist gestrichen worden, weil sie etwas ganz Selbstverständliches enthält. Aus dem Wesen und der Natur des Schuldverhältnisses folgt schon ohne weiteres, daß der Inhalt, die Verpflichtung zur Leistung, kein unbestimmter sein darf; denn das Schuldverhältnis trägt den Charakter der rechtlichen Bindung der Parteien in sich; nicht kann es der Willkür des Gläubigers überlassen sein, zu fordern, nicht der des Schuldners, zu leisten, was er wolle. Andererseits entspricht es dem Wesen des Schuldverhältnisses durchaus, daß der Inhalt zwar kein von vornherein bestimmter, aber doch ein hinreichend bestimmbarer ist. Es genügt, wenn im Vertrage Mittel und Weg zur Behebung der ursprünglichen Unbestimmtheit angegeben sind und wenn sich im Hinblick hierauf Richtung und Ziel genau übersehen lassen. Ob die Behebung möglich ist, hängt

von den Umständen ab, und insbesondere muß der Begründungsakt, auf welchem die Verpflichtung zur Leistung beruht, die Mittel dazu an die Hand geben. Mitunter ist es das Gesetz, das von den Parteien offen gelassene Lücken durch seine Vorschriften ausfüllt. So hat, wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, „eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten" (BGB § 243). Auch bezüglich des Ortes und der Zeit der Erfüllung greifen häufig suppletorische Gesetzesvorschriften ein (vgl. z. B. BGB §§. 269 und 271). BGB § 316 bestimmt, daß bei gegenseitigen Verträgen, wenn über den Umfang der Gegenleistung nichts bestimmt ist, die Bestimmung dem zustehe, der die Gegenleistung zu fordern habe; beim Dienst-, Werk- und Mäklervertrag (BGB §§. 612,1, 623,1, 653) ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermanglung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

Gilt schon hier gesetzlich, daß das Übliche und Angemessene als etwas objektiv Feststehendes anzusehen ist und geschuldet wird, so ist klar, daß das Übliche und Angemessene auch von den Parteien vertraglich zum Leistungsgegenstand gemacht werden kann; es genügt, wenn zum angemessenen Preise verkauft ist, vorausgesetzt, daß objektiv feststeht, welches der angemessene Preis ist. Auch Verkäufe zum zukünftigen Markt-Börsen- oder Fabrikpreis sind zulässig. Auf einer ziffermäßigen Benennung der Geldsumme oder auf Bestimmung jedes einzelnen Leistungsgegenstandes besteht das Gesetz uur in besonderen Fällen.

Ein gutes Beispiel für Fälle dieser Art bietet der

Wechsel.[1] Auch die hypothekarisch zu sichernde Forderung muß mit Rücksicht auf die Hypothek stets auf eine bestimmte Geldsumme lauten.

Wie aber das Übliche allgemein den Leistungsgegenstand zu einem objektiv bestimmbaren macht, so können die Parteien beliebig auch Umständen äußerer Natur, die erst abzuwarten sind, Einfluss auf die Verpflichtung zur Leistung einräumen, wenn nur die Umstände derart sind, daß sie Inhalt und Umfang in nicht mißzuverstehender Weise bezeichnen. Ein gutes Beispiel hierfür finden wir in dem Versprechen, die beim Abschlusse eines außergerichtlichen Akkords erlassene Quote nachzuzahlen, so bald der Schuldner in den Besitz genügender Mittel gekommen sein sollte, ferner in dem Versprechen einer Mitgift in der Weise, daß der nähere Inhalt und Umfang der Leistung sich nach den Umständen bestimmen soll, wie den Vermögensverhältnissen des Mitgiftgebers und des Mitgiftempfängers zur Zeit der Leistung, der sozialen Stellung der künftigen Eheschliessenden usw.[2]

Bestimmbar ist der Leistungsinhalt auch bei der sog. Alternativ-Obligation: Es hat sich der Schuldner zu einer Mehrheit von Leistungen verpflichtet, doch soll er nur zu einer dieser Leistungen verpflichtet sein, zu welcher, soll er selbst oder soll der Gläubiger bestimmen (§ 262)

---

1) Eine genaue Festsetzung des Leistungsgegenstandes bietet allerdings den Vorteil beschleunigter Rechtsverfolgung im Urkunden- und Wechselprozeß, bildet die Voraussetzungen für das Mahnverfahren ZPO. §§ 592, 688. Die Verabredung einer fest bestimmten Zeit erübrigt die Mahnung (BGB § 248 und gibt das Rücktrittsrecht aus §. 361. Vgl. Endemann §. 117 Dernburg, Bürgl. R. §. 85, I. —

Sehr häufig sind endlich auch Verträge, in denen sogar der Umfang der Leistung durch die einseitige Entscheidung eines der Vertragschließenden die erforderliche Bestimmtheit erhalten soll (§ 315).

In allen diesen Fällen handelt es sich um Blankettrechtsgeschäfte,[3] d. h. Rechtsgeschäfte, welche erst durch ein bestimmtes späteres Ereignis ausgefüllt werden sollen, bei denen aber schon die Verpflichtung zur Leistung objektiv hinreichend feststeht, und die Bindung der Parteien eine vollkommene ist. Es zeigt sich ferner, daß die Bestimmungsmomente nicht nur objektiver, sondern auch subjektiver Natur sein können, z. B. bei der Alternativ-Obligation (§ 262) und bei der Bestimmung durch einen der Vertragschließenden (§ 315).

Das BGB. ist aber noch weiter gegangen. Es hat in den §§ 317—319 nach dem von ihm überall beherzigten Prinzip der Vertragsfreiheit auch zugelassen, daß die Bestimmung des Vertragsinhalts einer dritten, außerhalb des Vertrags stehenden Person überlassen werden kann. In der Regel soll auch hier das Bestimmungsmoment im letzten Grunde objektiven Charakter haben, insofern, als die Bestimmung des Dritten nach dessen „billigem Ermessen“ zu erfolgen hat, und somit es sich hier um das schon

2) Vielfach läßt sich die mangelnde Bestimmtheit des Vertragsgegenstandes durch Auslegung ergänzen. So hat z. B. das Reichsgericht einen Vertrag für gültig erklärt, in dem der Schwängerer der Geschwängerten ein Kapital versprach, von dessen Zinsen sie „anständig“ leben könnte, ferner auch einen Verlagsvertrag, nach dem das Honorar für die späteren Auflagen „höher“ bemessen werden sollte, als für die erste (RGZ. Bd. 60, S. 175) vgl. auch RG. 8, S. 229.

3) So Cosack, Lehrbuch § 84, II.

dem gemeinen Rechte bekannte „arbitrium boni viri“ handelt. Im Zusammenhang mit letzterem Institut steht es übrigens, daß man auch heute nach den bestimmungsberechtigten Dritten „Arbitrator“ nennt. Es ist jedoch das „Arbitrium“ des „Arbitrators“ nicht zu verwechseln mit der Tätigkeit des „Arbiters“, des Schiedsrichters, worauf noch einzugehen sein wird.

Das im Falle des „Arbitriums boni viri“ rein objektive Bestimmungsmoment kann aber auch rein subjektiver Natur sein, denn das Gesetz gestattet, den Parteien die Bestimmung ganz dem „freien Belieben“, der „mera voluntas“, des Dritten anheimzugeben. Das arbitrium des Dritten, das schon im gemeinen Rechte eine so unendlich große praktische Bedeutung erlangt, und obwohl es gesetzlich in der Allgemeinheit wie heute nicht normiert war, einem dringenden Verkehrsbedürfnis gemäß gewohnheitsrechtlich seine Ausbildung erfahren hatte, spielt auch im heutigen Verkehrsleben eine wichtige Rolle. Das Anwendungsgebiet ist allerdings ein weit größeres, als es nach der Fassung der §§ 317—319 scheint. Wir wollen daher unsere Untersuchungen über die rechtliche Natur der §§ 317—319 zunächst mit dem Anwendungsgebiet derselben beginnen.

A. Anwendungsgebiet, Gegenstand und Zweck der §§ 317—319.

§ 2.

a) Der Platz der §§ 317—319 im zweiten Abschnitt des „Rechts der Schuldverhältnisse“ weist darauf hin, daß sein Anwendungsgebiet zunächst sich auf die Schuldverhältnisse aus Verträgen bezieht. Es wird der

§§ 317—319 daher im BGB. bei den Verträgen im einzelnen auch nicht mehr Erwähnung getan; der Entwurf I des BGB. hatte bei dem Wahlschuldverhältnisse (BGB. § 262: „Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu") noch die Bestimmung hinzugefügt, daß das Wahlrecht auch einem dritten übertragen werden könne. Doch hat man diesen Zusatz gestrichen, da sich die §§ 317—319 selbstverständlich auf alle Verträge beziehen. Es ist demnach zulässig und mit Recht im BGB. im einzelnen nicht noch überflüssigerweise betont, daß man einen dritten zuziehen kann, den Kaufpreis, den Mietzins, den Entgelt für ein geliefertes Werk, für geleistete Dienste usw. usw. zu bestimmen.

Abgesehen hiervon spricht das BGB. noch an anderen Stellen von der Bestimmung durch einen Dritten, ohne überall ausdrücklich auf die §§ 317—319 Bezug zu nehmen. Es fragt sich aber, ob diese Paragraphen nicht auch auf jene Fälle analog anzuwenden sind. So behandelt § 660 (Auslobung) den Fall, daß der Auslobende die ausgesetzte Belohnung, wenn mehrere zu dem Erfolge, z. B. der Ermittlung des Verbrechers mitgewirkt haben, unter sie nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des Anteils eines jeden an der Verwirklichung des Erfolges zu verteilen, verpflichtet ist. Der Auslobende hat hier unzweifelhaft gegenüber den Bewerbern die Stellung eines dritten. Zwar ist er Schuldner derselben, doch da es ihm an und für sich ganz gleich sein kann, an

wen er die Summe zu zahlen hat, da er sie ja doch nun einmal zahlen muß, so fungiert er mit Rücksicht auf die billige Verteilung der Summe unter die Bewerber als neutrale dritte Person. Als solcher bestimmt er ihre Anteilverhältnisse an der ausgesetzten Summe, an der das Forderungsrecht an sich ja schon feststeht.[1]

Diese Auffassung von der Stellung des Auslobenden zu den Berechtigten als einer dritten Person bei Bemessung der Anteile des einzelnen findet auch im Gesetz selbst eine weitere Rechtfertigung, insofern als § 660 Abs. 2 für den Fall, daß die Beteiligten die Bemessung der Anteile als offenbar unbillig anfechten, davon spricht, daß die Beteiligten den Streit über ihre Berechtigung „unter sich" austragen; ein die Bemessung des Auslobenden betreffendes Urteil im Prozeß wirkt also nicht gegen diesen, sondern unter den Beteiligten selbst.[2]

Der Einwand, daß die Auslobung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist und die §§ 317—319 nur auf die Verträge, also die zweiseitigen Rechtsgeschäfte anzuwenden sind, dürfte hier ohne Bedenken entfallen.[3] Es ist sogar ganz allgemein anzunehmen, daß auch in den

---

1) (Ann. z. S. 12) Ebenso Endemann I, § 177, A. 16; Oertmann § 660,2; Protokolle II, S. 349; Bartelt, Auslobung, S. 45; Recke i. Archiv f. Bürgl. Recht, Bd. 20, S. 147; Kipp, § 308, 7, 1; Staudinger 660, 4; Planck 660, 1. —

2) Bartelt a. a. O S. 319; Oertmann 660, 5; Kipp § 308, 7; Recke a. a. O.; Staudinger, § 660, 8; Planck 660, 1. —

3) Kipp, § 254,4; Crome II, 1, § 146, II, 2, A. 6; auch die anderen Autoren ziehen §§ 317ff. hinzu: Endemann I, § 177 Anm. 16; Neumann 660, 1; Matthias, § 136, II D. 3; Oertmann § 660; Dernburg, BR. II, 2, § 335, V. 2; Meissner, § 860; Staudinger, § 660, 5; Planck zu § 660. —

Ausnahmefällen, wo schon das einseitige mit dem Verpflichtungswillen abgegebene Versprechen, auch wenn es nicht angenommen ist, das Schuldverhältnis begründet, die für Schuldverträge geltenden Vorschriften auf diese einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäfte zur rechtsähnlichen Anwendung kommen, wenngleich dies im BGB. nicht besonders ausgedrückt ist.

Keineswegs hat der Auslobende bei Festsetzung der Anteile die Stellung eines Schiedsrichters.[4] Das geht schon aus der Fassung des § 660 hervor, die der des § 319 auffallend ähnelt. Überdies ist eine Anfechtung eines Schiedsspruches wegen offenbarer Unbilligkeit unmöglich (siehe unten). Schon daraus geht hervor, daß die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über den Schiedsvertrag hier nicht zur analogen Anwendung gelangen können, jedenfalls nicht v o r den Bestimmungen der §§ 317 – 319. Es kommen letztere also in erster Reihe in Anwendung, soweit sie natürlich nicht durch die besonderen Bestimmungen im § 660 ausgeschlossen sind. Hierüber ist des weiteren im „Inhalt des Bestimmungsrechtes" zu sprechen.[5]

4) so Enneccerus § 293, II. —

5) Aus § 661 (Auslobung, die eine Preisbewerbung zum Gegenstande hat) findet eine analoge Anwendung der §§ 317 ff. nicht statt. Zwar hat auch hier der Auslobende, bezw. der von ihm benannte Preisrichter, die Stellung eines unparteiischen Dritten; jedoch ist die Entscheidung hier stets a b s o l u t verbindlich und unanfechtbar, und ähnelt so mehr der eines Schiedsrichters, als der eines Arbitrators. Hierfür spricht auch die tatsächliche Übung, die bei Vorhandensein mehrerer Preisrichter stets, wie beim schiedsrichterlichen Verfahren, die Stimmenmehrheit entscheiden läßt, anders § 317 (siehe unten). Vgl. auch ebenso Endemann I, § 177; Enneccerus, § 293 III;

Im übrigen kommt die analoge Anwendung der §§ 317 ff. im BGB. nur noch in den §§ 2048, 2151, 2153 bis 2156, 2192/93 und 2198 in Betracht, wo ebenfalls von einer bestimmungsberechtigten drittten Person die Rede ist. Selbstverständlich gehen die Vorschriften in jenen §§ vor, soweit sie gegenüber den §§ 317 ff. Abweichendes enthalten. Nach § 2048 kann der Erblasser durch letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen und insbesondere anordnen, daß dieselbe nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll; nach § 2198 kann er auch die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen. In den Fällen der §§ 2151, 2153—2156, 2192/93 handelt es sich um eine Durchbrechung des im § 2065 aufgestellten Grundsatzes: „Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, daß ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll. Der Erblasser kann die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung nicht einem anderen überlassen."

Es kann nämlich der Erblasser

1. mehrere Personen mit einem Vermächtnis in der Weise bedenken, daß ein Dritter zu bestimmen hat:

a) wer von ihnen das Vermächtnis erhalten soll (Alternatives Vermächtnis, § 2151),

---

Matthias, § 136, II d, Kipp, § 308, 7; Kuhlenbeck, § 661; Bartelt a. a. O. S. 35; Planck 661, 3. — A M. scheinbar Staudinger § 661, II, 2b. —

b) was jeder von dem vermachten Gegenstand erhalten soll (§ 2153).

2. anordnen, daß von mehreren Gegenständen der Bedachte nur den einen oder den anderen erhalten soll, und die Wahl in solchem Falle einem Dritten übertragen (Wahlvermächtnis).

3. wenn die vermachte Sache nur der Gattung nach bestimmt ist, die Bestimmung der Sache einem Dritten übertragen (Gattungsvermächtnis).

4. bei der Anordnung eines Vermächtnisses, dessen Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Leistung dem billigen Ermessen eines Dritten übertragen (§ 2156); hier finden §§ 317—319 sogar ohne Einschränkung entsprechende Anwendung.

5. bei Anordnung einer Auflage, deren Zweck er bestimmt hat, die Bestimmung der Person, an welche die Leistung erfolgen soll, einem Dritten überlassen.

Im übrigen finden auch auf die Auflage die Bestimmungen der §§ 2154—2156 entspr. Anwendung.

Soweit das Anwendungsgebiet der §§ 317—319 im BGB.[6]

b) Das Anwendungsgebiet der §§ 317—319 ist aber ein weit größeres, als es nach dem Wortlaute derselben zu sein scheint. Die Fassung des § 317: „ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen", ist keine glückliche. Sie wird der

---

6) Selbstverständlich finden die §§ 317—319 auch auf die Verträge des übrigen Privatrechts Anwendung, insoweit dort Bestimmung der Leistung durch einen Dritten möglich ist. Für die besondere Bedeutung inbezug auf die Arbitrage des Handelsrechts siehe unten.

Bedeutung, die den §§ 317 ff. inne wohnt und inne wohnen soll, durchaus nicht gerecht.[7] Der Umstand, daß nur der Ausdruck ein unzulänglicher ist, kann aber nicht hindern, hier auf die §§ 317—319 in ihrer ganzen, umfassenden Bedeutung und in dem Sinne, der ihnen zukommt, einzugehen.[8]

Nicht, daß er sich mit der „Bestimmung einer Leistung" befasse, ist die alleinige Aufgabe des Arbitrators; denn wenn er beispielsweise über die Güte eines Werkes befinden soll, so kann man das doch nicht „Bestimmung einer Leistung" nennen! Und doch gehören gerade dies und alle die andern Fälle seiner lediglich gutachtenden Tätigkeit zu seiner Hauptaufgabe. Aus §§ 317—319 ist zu folgern, daß sich die Parteien dem Auspruche eines Dritten nicht nur in dem Falle, wo er eine Leistung bestimmen soll, sondern auch überhaupt in allen Fällen, in denen ein Schiedsgutachten möglich ist, unterwerfen können.[9] Wann ein Schiedsgutachten im Gegensatz zu einem Schiedsspruch vorliegt, kann erst weiter unten auseinandergesetzt werden; es möge genügen, zu erwähnen, daß auch beispielsweise die Festsetzung der Vertragsmäßigkeit der Leistung, die Ermittlung eines Wertes, die Bemessung

7) Weismann, in Zus. d. gutachtl. Äußerung, Bd. II, S. 113; derselbe im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 74, S. 422.

8) Weismann, in Arch. f. ziv. Praxis, 72, S. 269 ff.

9) So heißt es auch bei Petersen-Anger ZPO. § 1025, 3b: „Das BGB. erkennt in den §§ 317—319 an, daß die Bestimmung der Leistung auch einem Dritten überlassen werden kann und aus dem das Recht des BGB. beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit ergibt sich die Befugnis der Beteiligten, sich vertragsmäßig an das Gutachten Dritter zu binden.

der Gesellschaftsanteile, die Feststellung eines geschehenen Unfalles, des Grades der Erwerbsunfähigkeit, der Neuheit eines Patentes usw. usw. [10] nach §§ 317—319 zu beurteilen sind; handelt es sich doch in allen diesen Fällen, wenn auch nicht gerade um die Bestimmung einer Geldleistung, so doch um die Bestimmung eines für die beiderseitigen Ansprüche der Parteien entscheidenden Momentes, und wird daher mittelbar doch auch so eine Leistung bestimmt.

„Bestimmung der Leistung" ist also weiter zu fassen: es gehört dazu nicht nur die Bestimmung, q u a n t u m und q u a l e zu leisten ist, sondern auch die Bestimmung, o b zu leisten ist (das an debeat): z. B. die Bestimmung, wie sie bei Versicherungsverträgen häufig zugrunde gelegt wird, nämlich die Bestimmung, ob tatsächlich der die Gesellschaft verpflichtende Umstand, z. B. die Invalidität oder Kausalität zwischen Unfall und Tod oder der vorgeschriebene Grad der Erwerbsunfähigkeit vorliegt.

Die Bestimmung kann, wie schon angedeutet, bei gegenseitigen Verträgen dann den Sinn haben, daß wenn sie dahin abgegeben ist, ob die angebotene Leistung eine vertragsmäßige und zur Erfüllung geeignete, also z. B. der hergestellte Apparat gut und brauchbar ist, durch die Bestimmung über die Tauglichkeit

---

10) Ein anderes Beispiel findet sich in Bolze, Praxis des RG. I, No. 889: Die Sachverständigen sollen entscheiden, o b durch etwa eintretende Unglücksfälle $^1/_4$ der Ernte zugrunde gegangen ist, in welchem Falle jedesmal ein Pachterlaß eintreten soll. Vgl. auch RG. 30, S. 148; 8, S. 229; 18, S. 243; Seuffert 30, 237. 32, 118.

der Leistung erst die Verpflichtung zur Gegenleistung bedingt ist.[11] [12]

In allen diesen Fällen, wo der Dritte als Schiedsgutachter handelt, ist also seine Bestimmung nach den §§ 317—319 zu beurteilen; mag auch der Wortlaut des Gesetzes dies nicht rechtfertigen, seinem Sinne und seiner Tendenz entspricht es durchaus.

c) Das Anwendungsgebiet und die praktische Bedeutung der §§ 317—319 ist, wie man sieht, überaus groß. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß es auch Fälle gibt, die nur scheinbar, in Wirklichkeit aber nicht

---

11) Waismann, a. a. O. B. 72 S. 294. —

12) Allerdings wird diese meine Auffassung, daß auch auf die letzgenannten Fälle die §§ 317 ff. Anwendung finden, bestritten, wie es scheint vom RG. im Recht 1907, Nr. 1291, S. 633: „Ist in einem Bauvertrage bestimmt, daß inbetreff der Beurteilung der Bauausführung (s. im Text das Beispiel von der Beurteilung der Vertragsmäßigkeit einer Leistung) die Entscheidung eines Sachverständigen für beide Teile allein maßgebend sein sollte, so ist, da es sich nicht um die Bestimmung einer Leistung durch einen dritten nach billigem Ermessen handelt, für eine Anwendung der Vorschriften der §§ 317—319 kein Raum."

Die im Text vertretene Auffassung zeigt sich dagegen in einer Entscheidung des OLG. Hamburg im Recht 1908, S. 313, Nr. 1512: „Die Vereinbarung der Parteien, eine Differenz über die Qualität der gelieferten Ware durch Arbitratoren entscheiden zu lassen, ist . . . ein Vertrag nach § 317 BGB." Hierunter ist ganz zweifellos eine Bestimmung über die Vertragsmäßigkeit der Ware zu verstehen.

Aber auch alle die, die für die Arbitrageklausel (s. unten § 5 a. 16) die §§ 317 ff. gelten lassen wollen, stehen damit auf meinem Standpunkt. Denn wie unten des genaueren zu zeigen sein wird, handelt es sich bei der Arbitrageklausel nicht allein um Bestimmung der Wertsdifferenz, also um Festsetzung einer bestimmten Summe, sondern zunächst um Feststellung darüber, o b eine Wertdifferenz überhaupt vorhanden ist, ob also die Ware vertragsmäßig ist.

hierher zu nehmen sind. Vor allem gehören z. B. nicht hierher Verträge, bei denen der Kaufpreis der gehandelten Ware sich nach den Börsennotierungen der Kursmakler bezüglich dieser Ware richten soll.[13] Denn der Kursmakler setzt den Börsenpreis nicht speziell für ein einzelnes Vertragsverhältnis fest, sondern ohne Rücksicht hierauf und allgemein. Es ist nicht seine Börsennotiz als solche, sondern nur die Börsennotiz als Ergebnis der preisfestsetzenden Tätigkeit des Kursmaklers maßgebend. Dieser Ansicht hat sich auch das Reichsgericht (S. A. Bd. 60, S. 87, Recht 1904 Nr. 1387) in einem ganz ähnlichen Falle angeschlossen; es handelt sich um einen Verkauf von Butter zu dem von der „Notizkommission des Vereins der Butterfirmen" festzustellenden Preise. Auch hier hat die Preisfestsetzung der Notizkommission dieselbe Bedeutung wie die des Kursmaklers und die §§ 317—319 sind daher unanwendbar.

Über Einschränkung des speziellen Anwendungsgebietes der Bestimmung nach „billigem Ermessen" gegenüber dem der nach „freiem Belieben" siehe unten.

§ 3.

Streng zu unterscheiden ist der Arbitrator von dem Schiedsrichter.[1] Allerdings ähneln sich beide in

13) Gruchot, Beiträge, Bd. 51, S. 910; Oertmann, § 317, 1, Jur. Wochenschr. 1904, S. 289.

1) Im Gegensatz zu dem Schiedsrichter wird der Dritte auch Gutachter, Schiedsgutachter, Schätzer, Achtsmann, Mediateur genannt; mitunter auch Schiedsmann; doch wird es besser sein, letztere Bezeichnung nicht aufzunehmen, da der Schiedsmann uns auch noch an anderer Stelle begegnet

mancherlei Hinsicht.[2] Der Spruch des Gutachters ist bindend für die Parteien ebenso wie der Spruch des Schiedsrichters; hier wie dort soll er objektiv und unparteiisch abgegeben sein. Worin liegt also der Unterschied? Machen wir uns einmal die Wirkungen klar, die Gutachten und Schiedsspruch praktisch haben.

Das Gutachten kann wegen offenbarer Unbilligkeit (wie unten zu zeigen ist) angefochten werden. Der Schiedsspruch dagegen aus diesem Grunde nicht. Er kann nur angefochten werden aus dem im Gesetze, ZPO. § 1041, hervorgehobenen Gründen. Der Schiedsspruch hat die Wirkung eines prozessualen Urteils.[3] Das Gutachten hat diese Wirkung nicht. Es kann auch wegen seines materiellen Inhalts angefochten und durch ein gerichtliches Urteil ersetzt werden (s. unten).

Zweitens: Der Gutachter gibt seinen Spruch auf Grund seiner Prüfung und Untersuchung und lediglich nach objektiven Gesichtspunkten ab. Der Schiedsrichter hat mehr als dies zu tun, er muß mit den Parteien

---

wo er mit dem „Dritten" hier nichts gemein hat, z. B. die landesgesetzlich für die gütliche Vergleichung von Reichsstreitigkeiten bestellten Personen (gemäß Schiedsmannsordnung vom 29. März 1879), vgl. auch HGB. § 729 (Dispacheure), Binnenschiffahrtsgesetz § 87; Freiwillige Gerichtsbarkeit § 149 ff. Alles dies hat nichts hiermit zu tun.

2) Weismann, a. a. O., S. 278.

3) Freilich ist er als vollstreckbarer Titel zur Zwangsvollstreckung noch nicht geeignet; es gehört weiter dazu ein gerichtliches Vollstreckungsurteil; doch dies nur aus formellen Gründen, denn dem gültigen Schiedsspruch darf das gerichtliche Vollstreckungsurteil nicht versagt werden (ZPO. § 1042).

verhandeln, er muß sie darum hören (ZPO. 1041, 4).[4] Die Parteien haben Anspruch darauf, gehört zu werden; gegen den Gutachter steht ihnen dieses Recht nicht zu. Der Grund dafür aber, daß der Gutachter die Parteien nicht zu hören braucht, ist der, daß für sein Gutachten nur solche Fragen geeignet sind, zu deren Erledigung seine Erfahrungen, seine Sachkunde, sein Ermessen ausreicht. Beweis zu erheben dagegen über Wahrheit und Unwahrheit von Parteibehauptungen kann seine Sache nicht sein.[5] Hieraus folgt ganz klar, daß der Gutachter nicht dazu berufen ist, durch Subsumption von Tatsachen unter Rechtssätze die rechtlichen Beziehungen der Parteien festzustellen, mithin einen Rechtsstreit zu entscheiden, sondern, daß dies Aufgabe des Schiedsrichters ist. Gegenstand des Gutachtens können daher nur Sachen tatsächlicher Natur sein.[6] Tatsächliche Natur haben sie aber stets, wenn es darauf ankommt, einen Schaden zu schätzen, einen Preis angemessen zu bestimmen, eine Ware als gut und brauchbar zu erachten, über eine Krankheit zu befinden. Alles dies sind Fragen, zu denen der Arbitrator als Sachverständiger auf dem betreffenden Gebiete, sei es also als Kaufmann, als Arzt, als Ingenieur usw. Stellung nimmt.

---

4) Weismann, S. 287..

5) Weismann, S. 304.

6) Gaupp-Stein, Vorbem. zu § 1025, II, 3; Struckmann-Koch, § 1025, 2; Seuffert II, Vorbem. zu § 1025, 2; Petersen-Anger, § 1025, 3 a. Abs. 5; Windscheid-Kipp II, § 415, 1; Recht 1908, Nr. 1639; Jur. Wochenschr. 1902, S. 636, Nr. 18; RG. 45, 350; Kohler, Ges. Beiträge zur ZPO., S. 259 ff; Hayum Schiedsvertrag, S. 33.

Nun sind auch die oben geschilderten Wirkungen des Gutachtens einerseits und des Schiedsspruchs andererseits erklärlich, die nämlich darin bestanden, daß dieses wie ein prozessuales Urteil wirkt, gegen jenes aber die Anfechtung wegen offenbarer Unbilligkeit zulässig ist. Denn der Schiedsrichter hat über eine Rechtsstreitigkeit zu entscheiden, sein Spruch erledigt daher die Angelegenheit ganz; der Gutachter dagegen hat nur über Tatsachen zu befinden, daher muß es gegen seinen Spruch auch materiell ein Rechtsmittel geben.

Am deutlichsten wird der Unterschied zwischen Gutachter und Schiedsrichter in folgendem Beispiel: Man denke an einen Fall des Schadensersatzes. Hier könnte der Arbitrator nur über die tatsächliche Frage, ob ein Schaden entstanden ist, ob äußerlich Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des „Schädigenden" und dem Schaden selbst vorhanden, und schießlich wie hoch der entstandene Schaden ist, nicht aber, wenn der Schädigende seine Verpflichtung zum Schadensersatze überhaupt bestreitet, über die rechtliche Verpflichtung zur Schadensersatzleistung befinden. Im letzteren Falle würde ein Rechtsstreit vorliegen, den nur der Schiedsrichter, nicht aber der Arbitrator zu entscheiden in der Lage wäre. Nur wenn die Parteien über die Verpflichtung zum Schadensersatz selbst einig sind, können sie die Erledigung der anderen Fragen dem Gutachter überlassen.

Ist die Entscheidung des ganzen Streites um Schadensersatz, sowohl der tatsächlichen, als auch der rechtlichen Fragen, vertragsmäßig bestimmten Personen

übertragen, so liegt ein Schiedsvertrag vor.[7] Daher kann die Entscheidung des Schiedsrichters sehr wohl auch ein Gutachten, niemals dagegen kann umgekehrt ein Gutachten eine Entscheidung über rechtlich streitige Angelegenheiten enthalten.[8]

Hieraus ergibt sich demnach für Zweifelsfälle der Anhaltspunkt für die Frage, ob ein Gutachts- oder ein Schiedsvertrag vorliegt. Handelt es sich lediglich um Feststellung rein tatsächlicher Momente, wie meistenfalls bei der Arbitrage (siehe unten), so liegt ein nach § 317ff. zu beurteilender Gutachtsvertrag vor. Ja soweit geht die Bedeutung dieses hervorgehobenen Anhaltspunktes, daß selbst dann, wenn die Parteien einen Vertrag abgeschlossen haben, der seinem Wortlaute nach als Schiedsvertrag hätte aufgefaßt werden können, man doch diesen Vertrag, weil er nur die Feststellung gewisser Tatsachen einem Dritten übertrug, als Gutachtsvertrag aufgefaßt hat; vgl. hierüber die Rechtsprechung[9]. So hat man Verträgen, die dem Dritten nur die Feststellung des Höhe eines Schadens anheimgaben, nicht deshalb die Bedeutung von Schieds-

---

7) Seuffert, ZPO. zu § 287, 3. — Vgl. noch für den Unterschied zwischen Gutachter und Schiedsrichter: Recht 1906 S. 434; eod. Nr. 3128; Recht 1908, Nr. 135—136. — Siehe ferner die bei Seuffert, ZPO., Bd. II, Vorbem. zu § 1025, 2, Abs. 5a Ende angegebene zahlreiche Literatur.

8) Wenn kein Schiedsvertrag vorliegt, so kann ein solcher jedoch hinsichtlich der Kosten geschlossen sein, die durch die Schätzung entstanden sind; vgl. RG. 19, 406; 30, 353.

9) Vgl. RG. 10, 130; 24, 358; 411; 67, 71; ROHG. 3, 75. — Gaupp-Stein, Vorbem. zu § 1025, II, 3; Seufferts Archiv, Bd. 47, Nr. 226, Jur. Wochenschr. 1893, S. 424.

verträgen beigemessen, weil nach dem Vertrage die Bestimmung des Dritten „mit verbindlicher Kraft“ für die Parteien und „unter Ausschluß des Rechtsweges“ erfolgen sollte, oder weil der Dritte von den Parteien selbst als „Schiedsrichter“ bezeichnet wurde. Mit Recht hat man angenommen, daß hier der Parteiwille sich nur in seinen Ausdrücken geirrt habe. Man kann vom Volke nicht verlangen, daß es den Unterschied zwischen Schiedsgutachten und Schiedsrichter kennt; es sind das ihm ziemlich fremde Begriffe und der Unterschied durchaus nicht geläufig. Deshalb ist es gut, wenn das Recht mit objektiven Anhaltspunkten hier einspringt und so die wahre Absicht der Parteien klarstellt.

Ja man kann wohl auch weiter gehen und sagen, daß, wenn im Zweifelsfalle der objektive Anhaltspunkt selbst nicht ausreicht, und man so auch wieder zur Ergründung der Parteiabsicht seinen Weg nehmen muß, es näher liegt, dieselbe als auf Abschließung eines Gutachts- und nicht eines Schiedsvertrages gehend zu erachten. Bleibt doch den Parteien bei ersterem immer noch die Anfechtung wegen offenbarer Unbilligkeit und werden sie, sie von Ausschluß des Rechtsweges sprechen, dies doch nur in Erwartung einer billigen, sachgemäßen Bestimmung tun. Allerdings könnte auch eine Bestimmung nach freiem Belieben gemeint sein; über die hier eingreifende Vermutung des Gesetzes, siehe aber unten. Man kann jedenfalls die dem § 317 Abs. 1 (siehe unten) analoge Vermutung aufstellen: Ist die „Bestimmung der Leistung“ (jedoch in dem diesen Worten oben beigemessenen weiteren Sinne) einem

Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß ein Gutachts- und kein Schiedsvertrag vorliegt.

§ 4.

Im Anschluß hieran ist es von Interesse, auf ein Institut einzugehen, das im Handelsverkehr, obwohl es im Handelsgesetzbuche selbst keine Normierung gefunden hat, eine sehr bedeutende Rolle spielt, und seine Beziehungen zu §§ 317—319 zu untersuchen.

Das ist die sog. „Arbitrage". Unter Arbitrage versteht man im Handelsleben, und zwar namentlich im Getreidehandel, ein an verschiedenen ersten Handelsplätzen (z. B. Stettin, Hamburg, Danzig) aus einer Kommission von Schiedsgutachtern (Arbitratoren) gebildetes Institut, welches bei Qualitätsdifferenzen zu entscheiden hat.[1] Haben die Parteien beim Getreidehandel die Arbitrageklausel[2] aufgenommen, so hat das folgende Bedeutung: Stellen sich bei Ankunft des Getreides am Bestimmungsorte Qualitätsmängel heraus, so soll der Käufer verpflichtet sein, die Ware abzunehmen und über ihren Qualitätsunterschied die Arbitrage-

---

1) Frommer, Zeitschrift für HR. 39, S. 325; Apt, Gutachten, S. 323, Nr. 42; Zander in Gruchots Beiträge, Bd. 49, S. 792; Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche, S. 63, Nr. 165; Lehmann-Ring HGB. II, § 377, Nr. 65; Lehmann, HR, S. 715, Nr. 3.

2) Sie kann z. B. so lauten: „Im Falle einer Qualitätsdifferenz ist solche durch Stettiner Arbitrage festzustellen". Hiermit ist zugleich der Ort der vorzunehmenden Arbitrage bezeichnet und andererseits zum Ausdruck gebracht, daß die Arbitrage eine amtliche sein soll. Über die „freundschaftliche Arbitrage" siehe unten.

kommission zwecks Entschädigung des Käufers befinden.[3] Dies bedeutet nichts anderes, als daß der Käufer auf den Wandelungsanspruch zu verzichten im voraus sich bereit erklärt hat und es bei dem Minderungsanspruch bewenden lassen will, indem die betreffende Kommission über die Höhe der zu mindernden Summe bestimmen soll.[4]

Man hatte nämlich erkannt, daß die Wandelungsklage im Getreidehandel zu unbefriedigenden Resultaten führte. Dies ist einleuchtend, wenn man bedenkt, daß mit einer zur Verfügungstellung oder Rücksendung der gelieferten Ware im Handelsverkehr und besonders im

---

3) Selbstverständlich hat stets als notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung der Rechte wegen eines Sachmangels die Mängelrüge gemäß § 377 HGB. voraufzugehen, wenn auch hierbei eine nähere Bezeichnung des Mängels nicht nötig ist (ROHG. 18, 204). — Staub's, (Anm. 30 zu § 377) Ansicht, die Mängelrüge könne auch nach dem Arbitrageverfahren erfolgen, steht vereinzelt da.

4) Freilich kann auch der im Voraus erklärte Verzicht auf die Wandelung, während doch im allgemeinen die Wahl zwischen Wandelung und Minderung erst nach Lieferung der Ware zu erfolgen braucht, nach den Regeln von Treu und Glauben nichtig sein. Die Arbitrageklausel würde dann entfallen. Das ist z. B. der Fall im RG. 47, S. 144: Der Absender hatte die Ware betrügerisch gepackt, was schon an sich ein Untersuchen durch Ziehung von Durchschnittsproben, wie es Sitte ist, unmöglich machen oder doch die Untersuchung zu kostspielig machen würde. Vgl. auch Recht 1907, S. 507, Nr. 993. Es hat sich daher usancemäßig das Recht herausgebildet, daß der Käufer trotz Arbitrageklausel stets dann noch nach Empfang der Ware Wandelung geltend machen kann, wenn der Minderwert so groß ist, daß die Ware schon deshalb nicht mehr als reguläres Handelsgut gelten kann. Vgl. Recht 1908, Nr. 961, Zander bei Gruchot a. a. O; Apt, Ortsgebräuche für den Berliner Handel in Getreide (im Anhang), Abs. 1 der §§ 22, 26, 35—38; Riesenfeld a. a. O., S. 64, Nr. 165, I, II.

Verkehr zwischen zwei weit voneinander entfernt liegenden Handelsplätzen, bei den fortwährenden Preisschwankungen und der leichten Veränderlichkeit und Verderblichkeit jener Ware Störungen und Übelstände verbunden sind.

Die in der Arbitragekommission sitzenden Schiedsgutachter haben zweifellos die Stellung von außerhalb des Vertrages stehenden dritten Personen. Ob diese Stellung mehr der des Schiedsrichters oder mehr des Arbitrators ähnelt, ist im allgemeinen nicht zu beantworten. Es kommt darauf an, welche Kompetenz ihnen in der Arbitrageklausel des Vertrages der Parteien eingeräumt ist. Und schließlich kommt bei der rechtlichen Wertung der Arbitrage noch die Frage in Betracht, ob, mag nun die Tätigkeit der Kommission nach den Regeln des schiedsrichterlichen Verfahrens (ZPO. § 1025 ff.) oder nach den Bestimmungen der §§ 317—319 zu beurteilen sein, die Bestimmungen des Gesetzes nicht durch ein bestehendes Handelsgewohnheitsrecht oder doch durch Usancen und Ortsgebräuche ausgeschlossen oder doch abgeändert sind, wenn nämlich anzunehmen ist, daß die Parteien stillschweigend diese Gebräuche der Arbitrageklausel haben zugrunde legen wollen.

Gemäß den obigen Ausführungen über den Unterschied zwischen Schiedsgutachter und Schiedsrichter hat die Entscheidung der Arbitragekommission stets dann den Charakter des Schiedsgutachters, wenn sie weiter nichts zu tun hat, als das Vorhandensein und den etwaigen Umfang von Qualitätsdifferenzen mit verbindlicher Wirkung für die Parteien festzustellen.[5]

5) Makower, HGB., § 346, III, b. 7.

Denn hier erschöpft sie ihre Tätigkeit in der Ermittlung von Tatsachen.

Sobald aber die Arbitragekommission auch über die rechtliche Verpflichtung zur Tragung des Qualitätsmangels entscheiden soll, hat ihr Spruch nicht mehr nur die Bedeutung eines Schiedsgutachtens, sondern eines Schiedsspruches. Schiedsrichter ist sie daher stets, wenn sie zu entscheiden hat, von w e m ein bestimmter Mangel zu vertreten ist, Schiedsgutachter ist sie, wenn es feststeht, wer den Mangel zu vertreten hat und nur noch die Qualitätsdifferenz selbst festzustellen ist, mit a. W., wenn es sich nur um Feststellung eines Tatbestandes, nicht aber um Abgabe eines rechtlichen Urteils über einen Anspruch handelt.[6] Im allgemeinen wird man die Bedeutung der Arbitragekommission in ihrer gutachtenden [a)] Tätigkeit zu suchen haben. Seltener hat sie die Bedeutung eines Schiedsgerichts. Soll sie diese haben, so muß das in der Vertragsklausel ganz klar ausgedrückt sein. Die Bedeutung eines Schiedsgerichts hat die Arbitragekommission aber stets dann, wenn ihr durch die Vertragsklausel die Entscheidung aller etwa entstehenden Differenzen übertragen ist, z. B. wenn die Klausel lautet: „alle Differenzen werden nach Berliner Arbitrage geordnet." [b)] Schließlich aber ist, wenn es nach dem Wortlaut der Klausel zweifelhaft sein kann, ob ein Schiedsgericht gemeint ist oder nicht, ausschlaggebend auch der Ortsgebrauch, falls die Parteien diesen der Klausel haben zugrunde legen

---

6) Makower, § 377, IX, c. 3.

a) Vgl. Recht 1908, Nr. 1512.

b) Vgl. Zander bei Gruchot a. a. O., Recht 1908, Nr. 2492.

wollen.[c] Es ist daher nicht richtig[7] gesagt, daß der Ausspruch der Kommission ein Gutachten sei und kein Schiedsspruch, wenn die Kommission gemäß der Arbitrageklausel zu entscheiden hat darüber, ob die

1. die gelieferte Ware kontraktmäßig ist oder durch Schuld des Verkäufers minderwertig ist, d. h.
   a) ob eine Wertsdifferenz vorhanden,
   b) eventuell wie groß dieselbe ist,
   c) in welcher Höhe dieselbe von dem Verkäufer und in welcher von dem Käufer zu vertreten ist.
2. Ob der Käufer auch die schlechtere Ware annehmen muß.
3. In welcher Weise der Käufer entschädigt wird.

Dies wäre zweifellos Gegenstand eines Schiedsverfahrens, nicht aber eines Schiedsgutachtens. Schiedsgutachten wäre es nur dann, wenn zu entscheiden wäre darüber, ob:

die gelieferte Ware kontraktmäßig ist, d. h.
   a) ob eine Wertdifferenz vorhanden ist,
   b) eventuell wie groß dieselbe ist.

Die Frage, ob durch Schuld des Verkäufers die Ware minderwertig ist, ist Gegenstand eines Rechtsstreites, ebenso auch die in 1c erwähnte Vertretungspflicht. Punkt 3 ergibt sich aus dem Vertrage der Parteien; er wird natürlich stets lauten, daß Entschädigung

---

c) Apt, Gutachten, S. 323/24, Nr. 44; Riesenfeld a. a. O., S. 65, Nr. 167 V.

7) so Frommer, a. a. O., S. 379/80.

in Höhe des festgestellten Minderwertes zu erfolgen habe. Punkt 2 ergibt sich aus den oben in Anm. 4 behandelten Grundsätzen.

Allerdings kann Punkt 1c richtig verstanden insofern Bedeutung haben auch für ein Schiedsgutachten, als, wenn nämlich der Verkäufer die Gefahr der Versendung nicht zu tragen hat, auch die Frage, ob eine Beschädigung schon vor der Reise oder erst nach der Reise oder, wenn nach der Reise, so doch infolge eines schon vor der Reise vorhanden gewesenen Verderbenskeimes entstanden ist, als reine Tatfrage selbstverständlich Gegenstand des Schiedsgutachtens sein kann.[8] Hat dagegen die Kommission — was praktisch meistens der Fall sein dürfte — nur über den Zustand der Ware bei Ablieferung zu befinden, also Vergleichung der Verkaufsprobe und der Ware zur Zeit der Abgabe des Gutachtens und hieraus die Höhe des etwaigen Minderwertes zu bestimmen,[9] so bleibt die Entscheidung darüber, ob ein etwa vorgefundener Zustand schon bei Absendung vorhanden gewesen oder erst während der Beförderung entstanden ist, offen.[10] Es ist also auch nach Fällung des Gutachtens hierüber noch ein Streit möglich und in diesem Falle der ordentliche Gerichtsweg zu beschreiten. Andererseits kann dies auch geschehen, bevor das Gutachten abgegeben ist,

---

8) Vgl. auch Frommer, S. 347 unten.

9) Über Berechnung des Minderwertes und der Kosten des Arbitrageverfahrens entscheiden die Ortsgebräuche, vgl. z. B. Apt, Gutachten, S. 325, Nr. 45, 46, Ortsgebräuche (im Anhang daselbst §§ 22, 25, 35—38).

10) Makower, Komm. zum HGB., § 377, IV, c. 3; Frommer, S. 335 unten.

wenn eben die Verpflichtung zum Schadensersatz überhaupt streitig wird; es hängt dann von der Entscheidung über diese Frage im Prozeß erst das Eintreten der Gutachtskommission über Bestimmung der Höhe der Differenz ab. Wenn nun das Urteil dahin geht, daß keine Verpflichtung vorliegt, so wird das Arbitrageverfahren, bezw. eine Weiterführung eines schon begonnenen Arbitrageverfahrens unnötig. Erkennt das Gericht aber die Verpflichtung an, so ist etwa nun keineswegs auch über die Höhe der Entschädigungssumme im Prozesse zu entscheiden, sondern nun tritt nach dem ursprünglichen Vertrage die Arbitragekommission ein.

So weit nun die Tätigkeit der Arbitragekommission eine schiedsgutachtende ist, kommen für sie die Paragraphen 317—319 in Betracht.[11] Der § 317 Abs. 1 ist jedoch gewohnheitsrechtlich bei dieser Arbitrage als für nicht anwendbar erachtet worden. Die Entscheidung der Arbitragekommission ist nicht eine nach „billigem Ermessen" abzugebende und unterliegt daher nicht der Anfechtung wegen offenbarer Unbilligkeit und der richterlichen Korrektur [13] (s. unten Inhalt des Bestimmungsrechts des Dritten). Dies hat sich aus der allgemein im Handel herrschenden Auffassung entwickelt, daß bei der Arbitrage es den Parteien mehr auf die definitive Verhinderung weiterer Streitigkeiten, als auf die Erwartung einer unbedingt richtigen Entscheidung

---

11) Ebenso Recht 1908, Nr. 1512.

12) Frommer, S. 339 ff.

ankommt.[13] Die Bestimmung der Arbitragekommission ist daher nach § 319 Abs. 2 als eine Bestimmung nach freiem Ermessen (siehe unten) zu beurteilen. Nach § 318 ist daher nur eine Anfechtung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung möglich. Die dispositiven Bestimmungen des § 317, 2 werden in der Regel nicht in Betracht kommen, da an ihrer Stelle die Sachverständigenkommissionen mit ihren besonderen Statuten [14] treten, sowohl bei der „amtlichen Arbitrage", wo die Mitglieder der Kommission nur gerichtlich vereidigte Sachverständige sind, als auch bei der „freundschaftlichen Arbitrage", wo zu Gutachtern jeder unbeeidigte Sachverständige des speziellen Geschäftszweigs ernannt werden kann.[15] Inwieweit im Falle des Vorliegens eines schiedsrichterlichen Verfahrens die Bestimmungen der ZPO. gewohnheitsrechtlich geändert sind, zu prüfen, interessiert hier nicht.

§ 5.

Wenn die Parteien die „Bestimmung der Leistung" einem Arbitrator übertragen, so kann das aus ver-

---

13) Anderer Meinung scheint Dernburg, BR., § 87 III, zu sein, indem er an die Bemerkung: „Die Bestimmung kann dem billigen Ermessen eines dritten überlassen sein" in Anm. 5 anschließt: „Hierher gehört die Arbitrageklausel". Der im Text vertretenen Ansicht sind: Cosack, HR., § 39, IV; Gareis, HR. 45, IV, 5, A. 3; Frommer a. a. O., S. 339 ff.; Zander bei Gruchot a. a. O.

14) Solche Statuten existieren an den verschiedenen ersten Handelsplätzen, vgl. z. B. Ortsgebräuche für den Berliner Handel in Malz, Mehl usw. in Apt's Anhang.

15) Vgl. über den Unterschied Riesenfeld a. a. O., S. 65. Nr. 167 III.

schiedenen Gründen und zu verschiedenen Zwecken geschehen. Sie können seine Mitwirkung in Anspruch nehmen, wenn sie besorgen, daß sie sich über den betreffenden Punkt, den er festsetzen soll, sonst nicht einigen würden. Indem sie sich aber von vornherein dem Ausspruche des Dritten unterwerfen, verhüten sie so jeden zukünftigen Streit. Sie werden sich selbstverständlich der Hülfe des Dritten nur bedienen, „wenn es sich um ein Urteil handelt, das Schwierigkeiten zu machen geeignet ist" und „eine besondere Sachkenntnis erfordert".[1] Es wird dadurch jede Uneinigkeit, jeder Prozeß vermieden; das, was als zweifelhaft unter ihnen Streit hervorrufen könnte, überlassen sie der Bestimmung eines Dritten, zu dem sie in der betreffenden Angelegenheit Vertrauen haben.

Daher wenden sich die Parteien an einen Dritten nicht allein bei Eingehung von Verträgen, sondern auch dann noch, wenn bereits eine Verpflichtung zustande gekommen ist; z. B. die Verpflichtung, Schadensersatz zu leisten; der Dritte hat dann eben die Höhe des Schadens festzusetzen,[2] und die Parteien unterwerfen sich im Voraus seiner Festsetzung. Insofern zeigt diese Vereinbarung inbezug auf ihren Zweck, die verbindliche Festsetzung des Leistungsinhalts, Ähnlichkeit mit dem zivilrechtlichen Anerkenntnisvertrag. Beim Anerkenntnis soll ein bestimmter Umstand, z. B. eine Verpflichtung zur Leistung oder eine Leistung von bestimmter Höhe in verbindlicher Weise anerkannt werden.

1) Weismann a. a. O., S. 294.
2) Weismann a. a. O., S. 280.

Auch in unserem Falle soll etwas anerkannt werden, allerdings etwas dem Inhalte nach im Augenblick noch nicht Bestimmtes, sondern erst zu Bestimmendes. Die Vereinbarung, daß ein Dritter die Bestimmung treffen soll, enthält hier schon das zukünftige Anerkenntnis der Leistung, wie sie von dem Dritten festgesetzt ist; das letztere geschieht daher zum Zwecke des Anerkenntnisses.[3] Aber nicht nur, um einen Streit zu verhüten, sondern auch dann noch, wenn sie schon in Streit geraten sind, können die Parteien einen Arbitrator hinzuziehen.[4] Sie können, wenn sie uneinig geworden sind, den strittigen Punkt, also z. B. die Frage, ob der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand eingetreten oder die Frage der Identität eines Patentes mit einem anderen, mit dem es nach der Behauptung des ersten Besitzers des Patentes übereinstimmt, dem Ausspruche eines Dritten unterstelllen, und zwar hier zum Zwecke des Vergleiches. Der Streit soll nach der einen oder der anderen Seite hin entschieden sein, je nachdem der Dritte über die betreffende Tatsache so oder so befinde; stellt er z. B. die Identität des Patentes fest, so soll das spätere fallen gelassen werden. Die Erzielung des Vergleichs ist hier das Motiv und der Endzweck wie oben das Anerkenntnis.[5]

---

3) Weismann a. a. O., S. 315.

4) Weismann a. a. O., S. 279, 316; Kohler bei Gruchot, Bd. 31, S. 305; vgl. auch RG, Bd. 2, S. 313.

5) So sagt Kohler a. a. O., Anm. 55: Daher können Schiedsmänner auch dann fungieren, wenn ein Streit besteht, sie purifizieren dann die von den Parteien selbst gegebene Vergleichsentscheidung.

Dieser zukünftig abzuschließende Vergleich ist aber auch nur das Motiv und der Zweck. Nicht kann man sagen, daß die Verabredung der Parteien, der Dritte solle bestimmen, selbst ein Vergleich oder wie oben selbst Anerkenntnis ist. Das wäre sonst ein Schieds- aber kein Gutachtsvertrag. Das Wort Vergleich kennzeichnet hier immer nur das Motiv, aber nicht den Inhalt des Vertrages; ein Vergleich kann den allermannigfachsten Inhalt haben, er kann Verzicht enthalten und Anerkenntnis; und so freilich auch einen Gutachtsvertrag.[6] Dagegen, daß der Gutachtsvertrag selbst ein Vergleich, bezw. ein Anerkenntnis ist, spricht auch schon der Umstand, daß, wie unten zu zeigen ist, die Bestimmung wegen offenbarer Unbilligkeit angefochten werden kann, was sonst nicht möglich wäre, denn Vergleich und Anerkenntnis können aus dem Grunde nicht angefochten werden. Etwas anderes ist es zu sagen, der Vertrag geschehe zum Zwecke eines Vergleichs oder Anerkenntnisses.

So dient das Institut der „arbitratio“ dazu, Streit zu verhüten und Streit beizulegen. Damit ist auch dem Arbitrator seine ideale Aufgabe vorgezeichnet. Es wird durch ihn so mancher Prozeß vermieden, der Streit im Keime erstickt, und so ist zugleich zweien gedient: den Parteien, denn sie entgehen den Weiterungen und Kosten des Prozeßführens; dem Richter, denn er wird entlastet. Der Tätigkeit des Richters, zu der im allgemeinen im Rechtsstreit auch die Feststellung der tatsächlichen Unterlagen für die Entscheidung gehört,

6) Weismann a. a. O.

also z. B. die Feststellung der Höhe eines Schadens, wird eben hier diese Feststellung entzogen und dem Arbitrator überlassen. Seine Feststellung dient wie ein Anerkenntnis oder ein Vergleich als solche schon als Unterlage für die Entscheidung des Richters und braucht nicht noch erst bewiesen zu werden.[7]

B. Inhalt des Bestimmungsrechts des Dritten.

§ 6.

Die elementarste Voraussetzung für die Ausübung des Bestimmungsrechts bildet das Vorhandensein einer gültigen Verpflichtung zur Leistung überhaupt. Diese Verpflichtung zur Leistung kann eine durch Vertrag, aber auch sonst durch Gesetz, z. B. unerlaubte Handlung oder richterliche Verfügung begründete sein. Stets ist sie die Grundlage, auf die sich die Leistungsbestimmung stützt. Wir nennen den Vertrag, auf den sich als Grundlage die Leistungsbestimmung stützt, den Hauptvertrag, den Vertrag, der dem Dritten die Leistungsbestimmung überläßt, Gutachtsvertrag. Ist bei Eingehung von Verträgen die Leistungsbestimmung einem Dritten übertragen, so bildet natürlich der Gutachtsvertrag nur eine Nebenverabredung, die allerdings wie später zu zeigen ist, eines gewissen selbständigen

---

7) Vgl. auch Petersen-Anger, § 1025, 3 b.

Charakter nicht entbehrt; vollständig selbständig steht er da in allen anderen Fällen, also z. B., wenn nach Entstehung der Schadensersatzpflicht, die Bestimmung der Höhe des Schadens dem Dritten überlassen ist, wie z. B. bei der Arbitrage oder bei der Bestimmung der Vertragsmäßigkeit einer Leistung.

Ist in Wirklichkeit eine Verpflichtung nicht zustande gekommen oder ist sie nichtig wegen Scheinvertrags, mangelnder Ernstlichkeit der Willenserklärung, Unsittlichkeit, Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, Formmangels usw., so ist damit auch die Leistungsbestimmung gegenstandslos geworden. Abgesehen von diesen gesetzlich allgemein geregelten Gründen ist sie es aber auch dann, wenn in dem Vertrage der Parteien nicht deutlich der Weg zur Bestimmung der Leistung bezeichnet ist. Dies ist ja an sich schon der Fall, wenn die Bestimmung einem Dritten übertragen ist; es ist aber zu beachten, daß im Vertrage dieser Dritte genau oder wenigstens zweifellos erkennbar bezeichnet sein muß; es kann daher der zukünftige Bürgermeister, der Börsenvorstand, der Hausarzt als solcher genannt werden, wenn das genügt, um die Person selbst unzweifelhaft festzustellen. Wäre im Vertrage selbst die Person nicht oder nicht bestimmt genannt, so könnte sich jede Partei der Verpflichtung zur Leistung entziehen; denn eine richterliche Benennung der Person ist nicht statthaft. Ist daher dem Erfordernis der Benennung der Person nicht genügt, so fehlt es an der Einigung über einen wesentlichen Punkt, und der zugrunde liegende Vertrag würde gemäß § 154 nichtig sein.

§ 7.

Die Überweisung der Bestimmung an den Dritten kann in zweifachem Sinne geschehen: das Gesetz spricht von einer Bestimmung nach billigem Ermessen und von einer Bestimmung nach freiem Belieben.

Unter billigem Ermessen ist eine Beurteilung zu verstehen, die unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des einzelnen Falles nach allgemeinen Verkehrsanschauungen als angemessen gilt;[1] das ist es auch, was das gemeine Recht unter dem arbitrium boni viri verstand. Nicht nach Willkür darf der Dritte urteilen, seine Entscheidung soll auf der objektiven Grundlage der allgemein gültigen Erfahrungs- und Würdigungssätze, die für den besonderen Fall in Betracht kommen, sachgemäß erfolgen und die Entscheidung eines verständigen, ordentlichen Mannes eines boni viri sein. Der Dritte braucht dabei selbstverständlich nicht seine subjektiven Anschauungen preiszugeben, er muß aber doch in den Grenzen objektiv billiger Beurteilungsweise bleiben. Daß er völlig unparteiisch zu urteilen hat, versteht sich von selbst aus der Stellung, die er den Parteien gegenüber einnimmt. An dem Willen und an die Wünsche derselben hat er sich deswegen in keiner Weise zu halten. Nicht ihren Willen hat er zum Ausdruck zu bringen, sondern ein

---

1) Recke im Archiv für BR., Bd. 20, S. 137; auch unter einer Bestimmung nach „sachverständigem Ermessen" ist ein Bestimmung nach billigem Ermessen zu verstehen. Recht 1908, Nr. 33.

Urteil zu finden, das in bezug auf die Sache ein gerechtes und dem billigen Ermessen eines boni viri entspringendes ist.

Der Begriff des „freien Beliebens" erklärt sich von selbst. Hier kommen eben die Grundsätze der Billigkeit überhaupt nicht in Betracht; was das heißt, wird erst weiter unten klar werden. Der Dritte kann hier nach Gutdünken und sogar willkürlich und offenbar unbillig bestimmen.[2] Praktisch ist der Unterschied zwischen der Bestimmung nach billigem Ermessen und der nach freiem Belieben der, daß bei „offenbarer Unbilligkeit" der Bestimmung die nach billigem Ermessen zu treffende unwirksam und durch das Gericht ersetzt wird, während bei der nach freiem Belieben zu treffenden Bestimmung, da die Parteien auf jede Nachprüfung der Bestimmung verzichtet haben, eine „offenbare Unbilligkeit" überhaupt nicht in Betracht kommt.[3]

Kann oder will der Dritte die Bestimmung nicht treffen oder verzögert er sie, so tritt bei der Bestimmung nach billigem Ermessen auch hier der Richter an die Stelle des Dritten[4], während bei der Bestimmung nach freiem Belieben der ganze Vertrag unwirksam wird.

---

2) Ebenso Endemann, § 117, Nr. 14; Crome II, § 146, II, 2a; Dernburg, BR. § 87; Goldmann-Lilienthal, S. 370; Oertmann, § 319, 5.

3) Wenn Scherer (BGB. II, S. 153) meint, daß eine Anfechtung wegen offenbarer Unbilligkeit in allen Fällen, also auch hier, als vom BGB. zugelassen zu erachten sei, so irrt er.

4) Dies ist jedoch nur dispositive Vorschrift; die Parteien können auch hier vereinbaren, daß bei Ausbleiben einer Bestimmung seitens des Dritten der ganze Vertrag unwirksam wird. Vgl. auch Oertmann zu 319, 4a E; Planck zu 319, 4.

Dies läßt erkennen, daß auch begrifflich zwischen der Bestimmung nach billigem Ermessen und der nach freiem Belieben ein wesentlicher Unterschied bestehen muß. Hiervon soll aber erst unten im „Verhältnis der Bestimmung zum Hauptvertrage" ausführlich gehandelt werden.

Daß es dem Dritten auch gestattet sein kann, die Bestimmung nach Willkür abzugeben, bedarf der Erklärung. Denn es mutet sonderbar an, daß der Gesetzgeber einen solchen Vertrag, bei dem die Freiheit der Parteien ganz in die Hand eines Dritten gegeben ist, gebilligt hat. Ist doch sogar das Zustandekommen des Vertrages von dem Belieben des Dritten abhängig gemacht, da bei dessen Schweigen der Vertrag unwirksam wird. Wie schwerwiegend gerade der letzte Umstand sein kann, tritt deutlich hervor im gegenseitigen Vertrage; z. B.: Der Dritte soll den Entgelt eines erst herzustellenden Werkes nach dessen Vollendung bestimmen.[5] Wie rigoros würde hier die Vorschrift des Gesetzes wirken, wenn der Dritte nicht bestimmte, etwa weil er an der Bestimmung verhindert ist; die Folge wäre, der Werkvertrag würde unwirksam werden, und der Unternehmer müßte, da somit die beiderseitigen Verpflichtungen untergegangen wären, das Werk selbst behalten, es sei denn, daß sich der andere bereit erklärte, einen neuen Gutachtsvertrag einzugehen, wozu er aber keineswegs verpflichtet wäre. Auch die Rechtfertigung dieser Bestimmung des Gesetzes,

5) Planck zu § 319, 3; Weismann im Archiv für zivil. Praxis, Bd. 74, S. 425; Zusammenst. der gutachtlichen Äußerung II, S. 113.

wie sie hier und da vorgenommen wird, indem gesagt wird, daß der Dritte hier regelmäßig von den Kontrahenten aus besonderem Vertrauen gewählt sei, so daß der Vertrag in den bezeichneten Fällen zerfallen müsse,[6] oder daß hier aller Nachdruck auf der Persönlichkeit des Dritten liege und die Parteien in ihn das Vertrauen setzten, daß er auch beim Bestimmungsrecht nach freiem Belieben sachgemäß disponieren werde,[7] ist unbegründet; denn es ist doch ein Unding, daß weil die Parteien nur dem Dritten persönlich in der betreffenden Sache vertrauen, der ganze Vertrag mit seiner Bestimmung stehen und fallen soll! Daß ferner darum auch eine unbillige Bestimmung unbedingt maßgebend sein soll! Worauf anders stützt sich denn das Vertrauen als ausschließlich auf die Erwartung eines sachlichen und gerechten Bescheids? Doch nur mit Rücksicht hierauf haben die Parteien den Dritten zum Arbitrator berufen! „Vertrauen in die Redlichkeit und Gestaltung einer offenbar unbilligen Entscheidung bedeutet einen unlösbaren Widerspruch.“ [8]

Daß die Bestimmung in das BGB. überhaupt Einlaß finden konnte, hat seinen eigenen Grund. Es ist das Verdienst Schirmer's,[9] diesen Grund aufgedeckt zu haben. Er hat den Nachweis erbracht, daß die Bestimmung des § 319, 2 lediglich auf einer falschen Deutung der Quellen beruht, daß nämlich entgegen der Auffassung des gemeinen Rechts, dem das BGB.

6) So Motive zu § 355 des Entw. I.
7) Schollmeyer zu § 319.
8) Endemann, § 117, Nr. 14.
9) Archiv für zivil. Praxis, Bd. 91, S. 136 ff.

hier blindlings gefolgt ist, auch im römischen Recht ein Bestimmungsrecht des Dritten nach freiem Belieben niemals anerkannt worden ist.[10]

Für die Praxis dürften sich allerdings Mittel und Wege ergeben, um diesen Fehler des Gesetzes schadlos zu machen. Ein Mittel von größerem Wert gibt zunächst das Gesetz an die Hand in der Bestimmung des § 317: „Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach billigem Ermessen zu treffen ist.“

Ist also im Hauptvertrage nichts darüber gesagt, ob der Dritte nach billigem Ermessen oder nach freiem Belieben entscheiden solle oder ist das letztere nicht ganz klar und unzweideutig zum Ausdruck gebracht und als von den Parteien wirklich gewollt anzunehmen, so wird stets die gesetzliche Vermutung, daß der Dritte nach billigem Ermessen zu bestimmen habe,[11] Platz greifen.[12] Bei der Auslegung der Willenserklärungen der Parteien ist auch hier der wirkliche Wille zu

---

10) Schirmer stützt sich dabei auf eine Äußerung des Celsius, in l. 30 pr. D de oper. lib. 38, 1: „Si libertus ita iuraverit dare se, quot operas patronus arbitratus sit, non aliter ratum fore arbitrium patroni, quam si aequum arbitratus sit, et fere ea mens est personam arbitrio substituentium, ut quia sperent eum recte arbitraturum, id faciant, non quia vel immodice obligari velint,“ und fährt fort: „Ja es wäre geradezu contra bonos mores, einen Vertrag zu schließen, durch den jemand sein gutes Recht der nackten Willkür eines Dritten unterwerfen möchte, und erst recht contra bonos eine dahingehende Forderung an den Gegner zu stellen.

11) Im Gegensatz hierzu handelt es sich, wie wir gesehen haben, bei der Arbitrage stets um eine Bestimmung nach „freiem Belieben“, besser ausgedrückt nach freiem Ermessen.

12) Vgl. Staudinger-Kuhlenbeck zu § 319, Nr. 2

erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGB. § 133).

Schon oben wurde hervorgehoben, daß, selbst wenn die Parteien von Ausschluß des Rechtsweges gegen die Bestimmung des Dritten gesprochen haben, nicht wie man annehmen könnte ein Schieds-, sondern ein sich nach § 317 ff. bestimmender Gutachtsvertrag vorliegt. Hieran knüpft nun die weitere im § 317,1 aufgestellte Vermutung an, daß nicht ein Gutachtsvertrag mit Bestimmung nach freiem Belieben, sondern mit Bestimmung nach billigem Ermessen vorliegt.

Wie ist es nun, wenn die Parteien beispielsweise von „Ausschluß des Rechtsweges" sprechen? Daß kein Schiedsvertrag gemeint ist, wurde schon oben betont; könnte aber wenn kein Schieds- sondern ein Gutachtsvertrag, so doch wenigstens nicht eine nach freiem Belieben zu treffende ebenfalls unanfechtbare Bestimmung nach freiem Belieben gemeint sein?

Man sieht Gutachtsvertrag mit Bestimmung nach freiem Belieben und Schiedsvertrag kommen sich insofern sehr nahe, als es bei beiden eine Anfechtung wegen offenbarer Unbilligkeit nicht gibt. Ebenso aber, wie aus diesem Grunde die Parteiabsicht im Zweifelsfalle oben nicht als auf einen Schiedsvertrag gerichtet gedeutet wurde, kommt man dazu, weil eben derselbe Grund hier mitspricht, selbst bei Gebrauch der Worte „Ausschluß des Rechtsweges" im Zweifel eine nach billigem Ermessen zu treffende Bestimmung anzunehmen; der hier maßgebliche Grund war eben, daß die Parteien

13) ROHG. 3,75; RG. 10,130; 24,358; 67,71

bei Ausschließung des Rechtsweges als selbstverständlich voraussetzen, daß die Bestimmung keine offenbar sachwidrige sei.[14] Ebensowenig wie einen Schiedsvertrag wollten sie daher einen Gutachtsvertrag mit Bestimmung nach freien Belieben.

Zwei Vermutungen sind es daher meistens, die für die Beurteilung solcher Verträge in Betracht kommen:

1) die Vermutung des § 317,1 und

2) die diesem analoge oben erörterte Vermutung (siehe oben).

Hier interessiert ja eigentlich nur noch die erstere. Um Ungerechtigkeiten zu verhüten und weil es oft unmöglich sein wird die Parteiabsicht festzustellen und hieraus auf die Natur des Vertrages zu schließen,[15] wird man gut tun durch scharfe Anspannung der Vermutung des § 317,1 vorzubeugen.[16]

Dies ist namentlich auch in den oben erwähnten Fällen, wo die Bestimmung des Dritten erst dann Platz greifen kann, wenn der eine Teil seine Leistung schon ganz oder zum Teil bewirkt hat, zu beachten.[17]

Aber auch dann noch, wenn der Parteiwille wirklich dahin ging, daß der Dritte nach freiem Belieben bestimmen sollte, wenn also die Vermutung des § 317 ausgeschlossen ist, ist die Bestimmung in starke

14) Vgl. Jur. Wochenschr. 1891, S. 416; 1893, S. 424; Bolze, Praxis der Rechtspr., Bd. I, S. 891; Weismann, S. 308; Seufferts Archiv, Bd. 57, Nr. 226.

15) Vgl. z. B. ROHG. IV, 428; RG. 24, S. 411.

16) Endemann, § 117; ROHG. 18, S. 337; Kipp in Jherings Jahrbuch, Bd. 35, S. 334.

17) Protokolle I, S. 409.

objektive Schranken gezwungen. Die Regeln von Treu und Glauben, die für alle Rechtsgeschäfte gleichmäßig gelten, können auch hier zur Verhütung von Ungerechtigkeiten aushelfen. An und für sich ist zwar stets ein Vertrag als gültig anzusehen, der dem Dritten ein nach Willkür auszuübendes Bestimmungsrecht einräumt; darüber läßt uns nun einmal § 319,2 nicht hinwegkommen. Wenn zuweilen gesagt wird,[18] schon der Vertrag, der die Parteien der reinen Willkür des Dritten ausliefere, könne wegen Unsittlichkeit nicht sein, so steht das im Widerspruch mit dem Gesetz, das hier eben gebilligt hat, was es allerdings sonst als gegen die guten Sitten verstoßend erachten würde.[19] Darum kann der Vertrag nie von vornherein wegen Unsittlichkeit nichtig sein; er kann erst nichtig werden, nachdem der Dritte die Bestimmung getroffen hat, und zwar in so unbilliger Weise, daß schon aus dem Gesichtspunkte des § 242 heraus der Bestimmung die verbindliche Wirkung zu versagen ist.[20] Nach § 242 nämlich ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dies hat nach zwei Seiten hin Bedeutung: einerseits verbieten Treu und Glauben dem Schuldner, eine unverhältnismäßig niedrig bemessene Leistung zu vollziehen, und andererseits berechtigen sie ihn dann aber auch, eine unverhältnismäßig hoch bemessene zu verweigern;

18) So Kipp a. a. O., S. 23; ähnlich Planck zu § 317, 1; Staudinger zu 317, 1.

19) Vgl. Schirmer a. a. O.

20) Vgl. Rehbein, Bem. zu §§ 305—319, Note 20.

denn auch nicht mehr als Treu und Glauben und die Verkehrssitte erfordern, ist gemäß § 242 der Schuldner zu leisten verpflichtet.

Es ist demnach stets erst die Bestimmung abzuwarten, an und für sich ist selbst ein Vertrag, der eine Leistungsbestimmung nach der reinen Willkür des Dritten zuläßt, noch nicht nichtig. Es ist praktisch nun gleichgültig, ob man die Bestimmung als solche unter Bezugnahme auf § 242 für nichtig erklärt und so die Bestimmung wie eine ausgebliebene behandelt, wodurch der Vertrag dann unwirksam wird,[21] oder ob man ebenfalls, natürlich erst nach getroffener Bestimmung, sofort den ganzen Vertrag unwirksam werden läßt.[22] Eine „offenbar unbillige" Bestimmung erzeugt also, insofern sie in den meisten Fällen auch im Hinblick auf § 242 den Vertrag nichtig machen wird wie bei der Bestimmung nach billigem Ermessen, so auch hier keine Verbindlichkeit, nur gibt es eben hier aus dem Grunde, weil sie „offenbar unbillig" ist, keine Anfechtung, der Richter kann nur angegangen werden, darüber, ob die Regeln von Treu und Glauben verletzt sind, und dann kann er auch nur den ganzen Vertrag umstoßen, nicht selbst nun die Bestimmung treffen.

§ 8.

Die Bestimmung des § 319, 2 dürfte demnach in der Praxis nicht gar zu viel Schaden anrichten. Es ist

---

21) So Rehbein, Bem. zu §§ 305—319, No. 20 Abs. 4.

22) Dies hängt davon ab, ob man hier die Bestimmung als Rechtsgeschäft oder als den Vertrag ergänzende Erklärung auffaßt (s. unten).

ferner zuzugeben, daß in gewissen Fällen die Bestimmung nach „freiem Belieben“ doch auch an sich einen vernünftigen Sinn ergibt. Es ist nämlich möglich, unter „freiem Belieben“ im Gegensatz zu „billigem Ermessen“ etwas besonderes zu verstehen. Es wird nämlich die Bestimmung nach „freiem Belieben“ meistens da Anwendung finden, wo ein Ermessen, ein Beurteilen nach Billigkeitsgrundsätzen gar nicht in Betracht kommen kann;[1] z. B. dürfte der Umfang einer Leistung, das quale und quantum, die Beurteilung der Vertragsmäßigkeit sich nur durch ein sachgemäßes Ermessen feststellen lassen; es gibt aber auch Umstände, die ohne ein Ermessen nach Billigkeitsgrundsätzen zu bestimmen sind: so wird sich in den meisten Fällen, in denen nicht die Modalitäten einer Leistung, sondern nur die Art derselben, das genus, bestimmt werden soll, ein „Ermessen“ ganz erübrigen. Es sind hierunter namentlich die Fälle zu verstehen, in denen es auf ein Wählen unter mehreren gegebenen Möglichkeiten in von vornherein beschränkter Zahl ankommt. Wo diese Tätigkeit des Wählens ein Dritter zu erfüllen hat, kann, wie wir sehen werden, schlechthin von der Wahl als einer Bestimmung nach billigem Ermessen nicht gesprochen werden. Denn das Wort Wählen enthält das Begriffsmerkmal des freien Beliebens. Ein Beispiel bietet die Wahlschuld (§ 262), bei der die Bestimmung, welche von den mehreren Leistungen zu bewirken ist, einem Dritten überlassen ist. Ein billiges Ermessen käme hier gar nicht in Betracht, weil eben keine Bestimmung

1) Vgl. v. Blociszewski, die Bestimmung des Leistungsinhalts und Schuldverhältnisses. S. 12.

unbillig sein kann; denn der Schuldner hat sich ja zu jeder der mehreren Leistungen verpflichtet, wenn er auch nur eine bewirken soll, und ebenso hat sich der Gläubiger verpflichtet, eine jede von den mehreren als Erfüllung anzunehmen. Der Dritte hat also frei zu wählen unter generell bestimmten Leistungen und weder abzumessen, noch abzuwägen, noch abzuschätzen. Daher kann hier selbst die Vermutung des § 317 niemals Platz greifen; es kann eben von einer Bestimmung nach billigem Ermessen hier schlechthin keine Rede sein.[2] Man denke an ein Beispiel: Es werden 500 Mk. und ein Pferd in der Weise geschuldet, daß nur das eine von beiden zu leisten ist, und die Wahl, welches zu leisten ist, ein Dritter vornehmen soll. Ist es nicht hier, darin liegt ja das Wesen der Wahlschuld, dem Schuldner gleichgültig, was er leisten und dem Gläubiger, was er erhalten soll? Wäre hier nur eine Bestimmung nach billigem Ermessen anzunehmen, so müßte man ebenfalls in dem analogen Falle, wo einer der Parteien, z. B. der Schuldner die Wahl vorzunehmen hat, gemäß § 315, 1 anzunehmen haben, daß der Schuldner nach billigem Ermessen die Wahl vorzunehmen habe, daß also bei Unbilligkeit dem Gläubiger die Anfechtung zustände usw., und das vertrüge sich gar nicht mit der Natur der Wahlschuld. Es kann sich also hier stets nur um eine Bestimmung nach freiem Belieben handeln.

2) siehe Anm. 3.

3) Enneccerus-Lehmann I, § 165, II, 3 und Dernburg, BR. I. § 435, die das doch annehmen, haben diesen Punkt eben nicht beachtet.

Aber auch ganz allgemein ist dieses dann der Fall, wenn der Gegenstand der Leistung objektiv überhaupt nicht bestimmbar ist. Klar ist, daß immer nur solche Sachen Gegenstand der Wertbemessung nach Billigkeitsgrundsätzen sein können, die einen wahren, sich nach objektivem Maßstabe bestimmenden gemeinen Wert haben. Es fallen daher Sachen, die einen Affektionswert haben, nicht in das Anwendungsgebiet der „Bestimmung nach billigem Ermessen". Hierher gehören z. B. antike Gegenstände, Raritäten und andere von Liebhabern zum Gegenstand der Sammlung gemachte Sachen, auch künstlerische Leistungen, z. B. Gemälde.

Eine gewisse Grenze ist aber auch hier vorhanden. Sobald nämlich diese Gegenstände angefangen haben, einen gewissen Marktwert zu erlangen, wie z. B. Briefmarken, dürfte in bezug auf sie auch eine Bestimmung nach billigem Ermessen zulässig sein.[4]

Wie bei der Wahlschuld kann es sich auch bei dem Wahlvermächtnis und der Wahlauflage (BGB. §§ 2154 und 2192, vgl. mit 2154), auf die die §§ 262 ff. ergänzende Anwendung finden, nur um eine Bestimmung nach freiem Belieben handeln.

Dasselbe ist der Fall bei dem sog. alternativen Vermächtnis; in den Fällen der §§ 2151 und 2153[5] soll ein Dritter bestimmen, wer von dem mehreren im Testamente Genannten den vermachten Gegenstand (§ 2151) oder was jeder von ihnen von demselben (§ 2153) erhalten soll, auch hier kann eine etwaige

---

4) Vgl. Endemann § 117 Anm. 18.
5) Vgl. Staudinger zu §§ 2151—2156.

richterliche Nachprüfung überhaupt nicht in Betracht kommen, wer von (die hier mitspielende Frage) den Genannten der Würdigste und Beste ist, kann eben nicht zum Gegenstande des richterlichen Ermessens gemacht werden, weil sich der moralische Wert eines Menschen objektiv überhaupt nicht ermessen läßt.[6] Abgesehen hiervon kann man allgemein aber eine Bestimmung nach freiem Belieben annehmen, wenn der Erblasser unter Bezeichnung mehrerer Möglichkeiten oder einer begrenzten Mehrheit von Gegenständen die nähere Bestimmung einem Dritten übertragen hat;[7] dem Grundsatze, daß der Wille des Erblassers und nur sein Wille im Testament Ausdruck zu finden hat, ist hier insofern genügt, als der Erblasser von den mehreren Möglichkeiten jede einzelne als seinem Willen entsprechend bezeichnet hat,[8] genau so, wie es bei der Wahlschuld dem Gläubiger und Schuldner grundsätzlich gleich ist, welche von den mehreren Leistungen zu bewirken ist. Daher kann der Dritte hier frei wählen: mag er die Wahl treffen wie er will, stets fällt sie unter die genannten Möglichkeiten und entspricht so dem Willen des Erblassers. Darum ist auch hier die Vermutung des § 317,1 ausgeschlossen.

Anders natürlich, wenn nach dem Willen des Erblassers dem Dritten nicht die Wahl unter einer Mehrheit von Gegenständen oder Personen, sondern ohne solche Begrenzung eine Bestimmung umfassenderer

6) Vgl. Staudinger a. a. O. I Eb. — Endemann III, § 68.
7) Vgl. Kipp, § 633, No. 6. — Matthiaß, § 297.
8) Kipp, § 547.

Natur überlassen ist. In solchen Fällen kann die Absicht des Erblassers natürlich nur dahin gehen, daß der Dritte nach Billigkeitsgrundsätzen verfahre. Dies ist auch schon im Hinblick auf § 2065 anzunehmen.[9] So kann nur eine Bestimmung nach billigem Ermessen in Betracht kommen, wenn der Erblasser ein Vermächtnis derart angeordnet hat, daß er nur seinen Zweck bestimmt, die Bestimmung der Leistung aber einem Dritten überlassen hat.[10]

Auch bei dem Gattungsvermächtnis des § 2155 und in dem entsprechenden Falle einer Auflage kann der Dritte, wenn er die Verteilung von dem Erblasser nur der Gattung nach bezeichneter Sachen vorzunehmen hat: es sind z. B. 10 Pferde vermacht, nicht nach freiem Belieben, sondern nach Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgrundsätzen verfahren: seine Bestimmung kann hier eine „offenbar unbillige" sein, wenn sie den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht entspricht." Darum darf der Dritte, wenn einer der Bedachten Kavallerieoffizier ist, ihm von den 10 Pferden nicht ein Ackerpferd, sondern muß ihm ein Reitpferd zuerteilen.

Ohne Billigkeitsgrundsätze geht es natürlich auch nicht im Falle des § 2048: „Der Erblasser kann durch

9) Kipp a. a. O.

10) Er hat z. B. 10 000 Mark vermacht zu dem Zwecke, daß sie unter die Armen der Stadt verteilt werden, und mit der Bestimmung, daß ein Dritter festsetzen soll, wie viel ein jeder erhalten soll. Hier kann sich natürlich der Umfang der einzelnen Leistungen nicht nach dem freien Belieben des Dritten, sondern nach der Bedürftigkeit der einzelnen Leute als objektivem Maßstab richten. Deshalb bestimmt das Gesetz hier ausdrücklich, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu erfolgen hat. Dasselbe muß auch für eine Auflage mit entsprechendem Inhalt (§ 2193) gelten.

letztwillige Verfügung Anordnungen für die Auseinandersetzung treffen. Er kann insbesondere anordnen, daß die Auseinandersetzung nach dem billigen Ermessen eines Dritten erfolgen soll. Die von dem Dritten auf Grund der Anordnung getroffene Bestimmung ist für den Erben nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil."

Das Gesetz spricht von einer Bestimmung nach billigem Ermessen auch im Falle des § 660; natürlich, denn der Auslobende kann die Bestimmung, wer von den Mehreren die ausgesetzte Summe erhalten soll, nicht nach seinem Gutdünken, sondern nur mit Rücksicht auf den Anteil, den ein jeder an der Verwirklichung des Erfolges gehabt hat, treffen.[11]

11) Im übrigen gelten die Regeln der §§ 317—319 in allen Fällen nur soweit, als sie nicht durch besondere Vorschriften ausgeschlossen werden. Hierzu sei folgendes erwähnt: Bei der Wahlschuld (§ 262) ist im besonderen zu beobachten, daß auch bei Wahl eines Dritten das Konzentrationsprinzip, wonach (§ 265) sich bei Unmöglichwerden einer Leistung das Schuldverhältnis und somit auch die Wahl nur auf die übrig bleibenden Leistungen beschränkt. Bei Ausbleiben der Wahl seitens des Dritten dürfte § 2054, 2 (was zwar Endemann I, § 118 A 9 annimmt) mit Enneccerus I, § 105, II. 3, Dernburg, BR, § 43. 5; Rehbein zu § 262 analog nicht anwendbar sein. Das Wahlrecht dürfte nicht auf den Schuldner übergehen, sondern der Vertrag unwirksam werden. Im Falle des § 2154 geht das Wahlrecht bei Ausbleiben der Bestimmung des Dritten auf den Beschwerten über, desgl. auch im Falle des § 2151 sind bei Ausbleiben der Bestimmung (eventuell nach Ablauf einer auf Antrag eines Beteiligten vom Nachlaßgericht dem Dritten gesetzten Frist) die mehreren Bedachten Gesamtgläubiger, im Falle des § 2153 sind sie zu gleichen Teilen berechtigt. Im Falle des § 2156 geht bei Ausbleiben der Bestimmung das Bestimmungsrecht auf den Richter analog § 319, im Falle des § 2193 auf den Beschwerten (eventl. nach Fristsetzung) über. Siehe außerdem noch § 660, 2.

Hieraus ersieht man, daß eine Bestimmung nach freiem Belieben in der Regel nur dann am Platze ist, wenn Billigkeitsgründe [12] und eine richterliche Nachprüfung schon aus natürlichen Gründen außer Betracht sein müssen, und daß in diesen Fällen darum auch die Vermutung des § 317,1 versagen muß. Es besteht aber, wie schon gesagt, trotzdem kein Recht, die „Bestimmung nach freiem Belieben" eben nur auf diese Fälle, wo sie in dem Wählen unter verschiedenen Leistungen besteht, und wo sie also nur die Art der Leistung betrifft, zu beschränken. Freilich hat sie nur in diesen Fällen einen vernünftigen Sinn; so führt auch Dernburg für die Bestimmung nach freiem Belieben ein Beispiel an, wie es den obigen Fällen entspricht: „Die Bestimmung wird dem freien Belieben eines Dritten überlassen, wenn die Frau des Käufers zwischen Schmucksachen wählen soll, die der Mann zu ihrem Gebrauche erwirbt." [13]

Selbstverständlich aber muß nach dem Gesetz angenommen werden, daß auch die Modalitäten der Leistung, z. B. der Kaufpreis, der Bestimmung nach

12) Der Sprachgebrauch des BGB. hat daher auch zwischen freiem Belieben und freiem Ermessen wohl unterschieden und nicht dort von freiem Belieben gesprochen, wo natürlicherweise nur von einem Ermessen im wahren Sinne des Wortes die Rede sein kann. So spricht das Gesetz von freiem Ermessen in den §§ 1430, 1619, 1668, 1848, 1995. Schon hieraus ist zu schließen, daß die „Bestimmung nach freiem Belieben" nur in solchen Fällen einen Sinn haben kann, wo von einem Ermessen schlechthin nicht gesprochen werden kann. Wir haben daher oben bei der Arbitrage nicht von einer Bestimmung nach freiem Belieben, sondern besser von einer Bestimmung nach freiem Ermessen gesprochen.

13) Ähnlich Crome, a. a. O. No. 13.

freiem Belieben unterliegen können. Dies entspricht wenigstens dem Willen des Gesetzgebers — eben, weil er die Quellen falsch deutete — und wider den offenbaren Willen des Gesetzgebers, darf man ein Gesetz weder in extensiven, noch wie hier möglicherweise in restriktivem Sinne interpretieren:[14] denn die Interpretation des Gesetzes hat ja gerade die Erforschung des gesetzgeberischen Willens im Auge; deshalb wäre eine Ummodelung hier, wo der gesetzgeberische Wille bekannt ist, gesetzwidrig. Es ergibt sich so das eigentümliche Resultat, daß eine Bestimmung nach freiem Belieben stets eine Bestimmung nach billigem Ermessen in gewissen Fällen jedoch nicht zulässig und möglich ist.

§ 9.

a. Der inhaltliche Unterschied zwischen beiden Bestimmungsarten bringt es mit sich, daß zwischen einem Vertrage, in dem die Bestimmung der Leistung, also z. B. des Kaufpreises, nach dem billigen Ermessen, und einem Vertrage, bei dem dieselbe nach dem freien Belieben des Dritten erfolgen soll, ein wesentlicher Unterschied bestehen muß. — Bei dem letzteren trit die Person des Dritten mehr in den Vordergrund, da bei seinem Schweigen der Vertrag unwirksam wird, während es bei dem ersteren ein Unwirksamwerden aus diesem Grunde nicht gibt. Es kommt den Parteien bei der Bestimmung nach billigem Ermessen nicht so sehr darauf an, daß gerade der Dritte die Bestimmung treffe, als vielmehr darauf, daß sie eine

14) So v. Blociszewski, a. a. O.

objektiv billige Bestimmung erhalten. Darum kann auch den Parteien mit einer persönlichen Entscheidung des Dritten hier d a n n n i c h t gedient sein, wenn die Bestimmung offenbar unbillig ist oder verzögert wird. Die Folge hiervon ist in diesen Fällen, daß der Richter die Bestimmung trifft. Es ist also hier nicht d a s der Hauptinhalt des Vertrages, daß der Dritte und nur er bestimmen solle. Die Absicht der Parteien geht vielmehr dahin, daß g e s c h u l d e t w e r d e e i n e d e r B i l l i g k e i t e n t s p r e c h e n d e L e i s t u n g. Die Überlassung des Bestimmungsrechts an den Dritten ist nur als N e b e n v e r a b r e d u n g gedacht des Inhalts, daß, w e l c h e L e i s t u n g d i e d e r B i l l i g k e i t e n t s p r e c h e n d e ist, der Dritte festsetzen soll. Der Hauptvertrag muß folgerichtig also hier bestehen bleiben, wenn der Dritte nicht bestimmen kann; denn die Hauptvereinbarung, daß eine der Billigkeit entsprechende Leistung geschuldet werde, bleibt in Kraft, auch wenn der Dritte die Bestimmung nicht oder nicht in gehöriger Weise trifft; und an die Stelle des Dritten tritt darum nun der Richter.[1] Hieraus ergibt sich, daß bei einem Vertrage mit Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen des Dritten, der Hauptvertrag als ein von Anfang an vollständiger Vertrag anzusehen ist, dessen Inhalt ebenso fest steht, wie wenn eine Sache anstatt zu einem bestimmten Preise, zum angemessenen oder üblichen Preise gekauft wird. — Die Bestimmung des Dritten ist weder Bedingung noch Ergänzung desselben.

1) Scherer, a. a. O., S. 152; Prot. I, S. 469; Recke, a. a. O., S. 143; Kuhlenbeck 317, 1; Staudinger 317, 2; Schollmeyer 319, 1 a. E.; Planck 319, 2, 1. Abs.; Endemann, I. § 117, 3.

Der Vertrag ist vielmehr perfekt in dem Augenblick, wo die Parteien verabreden, daß der offen gelassene Punkt in billiger Weise von einem Dritten bestimmt werde. Wäre der Vertrag nicht vollständig, so müßte er bei Ausbleiben der Bestimmung des Dritten unwirksam werden, und nur eben, weil er seinem Inhalte nach vollständig ist, bildet er die Grundlage, auf der die richterliche Nachprüfung einzusetzen vermag.[2]

Es ist also nicht richtig, hier von der Bestimmung als von einer Ergänzung des Vertrages zu sprechen.[3] Noch unrichtiger ist es, die Bestimmung als eine Ergänzung des Vertrags*willens* der Parteien anzusehen.[4] — Denn der Parteiwille kommt doch hier überhaupt nicht in Betracht. Nicht nach dem Parteiwillen, sondern nach objektiven Grundsätzen hat der Dritte zu befinden. Nicht in die Seele der Parteien sich zu versetzen, ihren eigentlichen Willen zu ergründen, kann die Aufgabe des Arbitrators sein. Nicht darum ist sein Spruch für die Parteien bindend, weil er ihrem Willen entspricht, sondern weil sie sich ihm unterworfen haben. Oft genug lehrt ja die Erfahrung, daß

2) So sagt treffend Wiener in Goldschmidts Ztschr. f. HR., Bd. 24, S. 42: „Diente das Gutachten zur Vervollständigung des Vertrages, so müßten ohne dasselbe der Vertrag unvollständig und darum wirkungslos sein. Und nur, weil die Norm an sich vollständig . . . . ist, kann eventuell der Richter eintreten; denn dieser normiert nicht, sondern *entscheidet nach gegebener Norm*.“ Vgl. auch Striethorst's Archiv. Bd. 20, S. 173; Weismann, a. a. O., S. 326.

3) So Dernburg, § 87, III, 1: Die Bestimmung ist eine Ergänzung des Vertrages in die Seele der Beteiligten hinein.

4) So Enneccerus-Lehmann, § 151, IIc; Motive II, S. 195; ROHG., Bd. 18, S. 344.

er mit seinem Spruche keiner der Parteien genug getan hat.[5]

Auch objektiv liegt in der getroffenen Bestimmung keine Ergänzung des Parteiwillens; die Bestimmung des Dritten stellt sich nicht als der objektive Wille der Parteien dar. Es ist nicht so, als ob die Parteien darüber, was der Dritte nun als Leistungsinhalt festsetzt, z. B. den Kaufpreis in Höhe von 20 Mark von vornherein auch kontrahiert hätten; kontrahiert haben sie über einen in billiger Weise festzusetzenden Kaufpreis. Die Bestimmung wirkt daher auch nicht rückwärts ein auf den Vertrag. Der Vertrag ist perfekt, es fehlt nur die Verwirklichung, die genauere Bestimmung des Vertragsverhältnisses, das im Vertrage zwar vollständig, aber doch nur abstrakt bestimmt ist. Auch hier zeigt sich die Verwandtschaft des Gutachtsvertrages mit dem Anerkenntnis: denn auch das Anerkenntnis dient zur genaueren Festsetzung des Vertragsverhältnisses, das hier wie dort eine Entwicklung von unvollkommener zu vollkommener, von geringerer zu größerer Bestimmtheit durchmacht. Nicht der Vertrag wird durch das Gutachten bestimmt, sondern das Vertragsverhältnis. Nicht dem Abschlusse des Vertrages dient es, sondern seiner Ausführung.[6] Die Bestimmung hat daher hier nicht konstitutive Bedeutung. Sie begründet nicht Rechtsverhältnisse, sondern trägt nur bei zu ihrer Verwirklichung, indem sie deklariert, was zu leisten

5) Weismann, a. a. O., S. 281.

6) Weismann, Archiv f. zivil. Praxis, Bd. 72, S. 328, Bd. 74, S. 424.

ist. Soll der Dritte den Kaufpreis bestimmen, so bildet er ihn nicht, sondern er ermittelt ihn; denn was billig ist, steht objektiv fest schon, bevor der Dritte bestimmt hat. Ihm bleibt es nur überlassen, dasselbe ausdrücklich festzustellen und zu deklarieren.[7]

b. Wesentlich anders gestaltet sich das Verhältnis der nach freiem Belieben zu treffenden Bestimmung zum Hauptvertrage Dies geht schon daraus hervor, daß hier bei Ausbleiben der Bestimmung der Vertrag unwirksam wird, und daß eine Anfechtung selbst wegen offenbarer Unbilligkeit ausgeschlossen ist und nur der ganze Vertrag als gegen die Regeln von Treu und Glauben verstoßend, nichtig werden kann.

Während bei der Bestimmung nach billigem Ermessen der Hauptvertrag ein vollständiger deswegen ist, weil das Billige objektiv bereits feststeht und wie oben dargetan, es das gleiche ist, ob zum angemessenen Preise oder zu einem von einem Dritten nach billigem Ermessen festzusetzenden Preise verkauft ist, fehlt es bei der Bestimmung nach freiem Belieben von vornherein an jedem objektiven Anhaltspunkt; da objektiv nicht feststeht, wie oder was der Dritte bestimmen wird, ist der Hauptvertrag, also ebenfalls objektiv, noch ein unvollständiger. Hieraus folgt, daß die getroffene Bestimmung hier konstitutiv wirkt, den Hauptvertrag ergänzt und perfekt macht. Sie erfolgt nicht wie die Bestimmung nach billigem Ermessen außerhalb des

7) Vgl. auch Bechmann, Kauf II, § 217 a. E., S. 347; § 220, III, 4, S. 354. — Anderer Meinung Kipp, S. 21, des näheren unten, wo von der Bedeutung des richterlichen Urteils die Rede ist.

Rahmens eines an sich inhaltlich bereits feststehenden Vertrages, sondern im Rahmen dieses Vertrages, von dem sie ein wesentliches Stück ausmacht.[1] [2] Daher rührt die Bestimmung des Gesetzes, daß bei Ausbleiben der Bestimmung der Vertrag unwirksam wird; läge wie bei der Bestimmung nach billigem Ermessen ein bereits vollständiger Vertrag vor, so könnte die gegenseitigen rechtlichen Beziehungen anstatt des Dritten ja auch hier der Richter festsetzen oder besser feststellen. Was objektiv billig ist, weiß auch der Richter, was aber den persönlichen Intentionen eines bestimmten Dritten entsprochen hätte, kann er nicht wissen.

Den Vertrag als durch die Bestimmung des Dritten bedingt anzusehn[3] halte ich begrifflich nicht für

---

1) Der im Text vertretenen Ansicht ist nur Endemann, § 117. Anm. 14, anders die in Anm. 3 der Dissert. angeführten.

2) Die Motive übergehen die Beantwortung dieser Frage, indem sie ausführen: „Über die juristische Konstruktion des Verhältnisses spricht sich der Entwurf nicht aus; es kann dieselbe der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben, insbesondere, ob der Vertrag als ein durch den Ausspruch des Dritten bedingter, eventuell als resolutiv oder als suspensiv bedingter anzusehen sei."

3) Vgl. Planck 319,3; Staudinger 319,3; de Claparéde, Beiträge, § 7, IV; Kuhlenbeck 317; Goldmann Lilienthal, S. 370; Rehbein 305—320, N. 20; Oertmann 317,3; Matthiass, § 73 III, 2b; Enneccerus-L., § 151 a. E.; Dernburg, BR., § 17; Kipp a. a. O., S. 23; Crome, § 146. II, 2b; Prot. I, S. 469 — Die Motive verweisen noch auf die Analogie mit dem im § 212 derselben erwähnten Falle; dort heißt es: Entw. I stellt die in der überwiegenden Zahl der Fälle der Intention eines derartigen (Wahl) Schuldverhältnisses (mit Wahlrecht eines Dritten) entsprechende Regel auf, daß derselbe durch die Wahl dieses Dritten als ein durch sein Wählenwollen oder Wählenkönnen bedingtes gelte.

richtig. Bei bedingten Rechtsgeschäften ist stets das eigentümlich, daß das Ereignis, von dessen Eintritt die Unwirksamkeit des Vertrages abhängt, wenigstens als solches schon seinem Inhalte nach bestimmt ist. Hierauf weist auch § 162 hin, der gar keinen Sinn ergäbe, wenn das Ereignis, das als eingetreten oder bzw. als nicht eingetreten fingiert wird, nicht schon ein bereits feststehendes wäre. Hier aber steht das Ereignis, nämlich die Bestimmung des Dritten, seinem Inhalte nach in keiner Weise fest.

Und selbst diejenigen, die den Vertrag für einen durch die Bestimmung bedingten halten, müssen die Anwendbarkeit der §§ 158 ff. ablehnen, weil es sich hier um eine bloße indicio iuris handeln würde.

Wenn auch Ergänzung des Vertrages, so ist doch aber keineswegs die Bestimmung Ergänzung des Parteiwillens. Der Dritte handelt völlig selbständig; geradezu widersinnig wäre es z. B. von einer Ergänzung des Parteiwillens zu sprechen, wenn der Dritte arglistig etwas Unbilliges bestimmte. Daher ist die Auffassung, der Dritte vertrete oder ergänze den Willen der Parteien ebenfalls unrichtig.

§ 10.

Was ist nun die Bestimmung selbst juristisch? Es gehen die Meinungen auseinander zunächst darüber, ob sie überhaupt eine rechtlich bedeutsame Handlung ist oder nicht.[1] Die Anhänger der letzteren Ansicht gehen davon aus, daß der Dritte nur den Willen

1) Vgl. Protokolle I, S. 47.

der Parteien vertrete und seine Bestimmung mithin eine selbständige, rechtliche Natur nicht besitze.[2] Schon oben wurde ausgeführt, daß weder bei der Bestimmung nach billigem Ermessen, noch bei der Bestimmung nach freiem Belieben von einer Vertretung im Willen die Rede sein könne. Es ist nicht so, als ob der Wille der Parteien sich gewissermaßen in der Bestimmungserklärung des Dritten verkörpert und so auch nach außen hin in die Erscheinung tritt. Die hieraus resultierende Folge würde sein, daß die Tätigkeit des Dritten nur Gehülfendienst bei Gestaltung des Schuldverhältnisses wäre und so der des Boten ähnele, der gleichsam auch nur Sprachrohr, Organ bei Übermittlung einer Willenserklärung ist. Der Dritte ist aber mehr als bloßes Organ zur Ergänzung und Offenbarung des Parteiwillens. Er hat vielmehr einen eigenen selbständigen Willen, mag er ihn sich bilden auf sachgemäßem Ermessen oder auf freiem Belieben. Diesem seinem Willen haben sich die Parteien unterworfen, und darum ist er für sie bindend, nicht weil es ihr Wille ist, der in der Bestimmung zum Ausdruck gelangen soll. Und weil der Dritte in allen Fällen einen eigenen Willen hat, ist auch seine Bestimmung niemals tatsächlicher, sondern selbständiger, rechtlicher Natur, sie ist jedenfalls Rechtshandlung. Fraglich ist, ob man auch weiter gehen und die Bestimmung als „Rechtsgeschäft" auffassen soll.

---

2) So Dernburg. BR. § 87, III, Pandekten II, § 15; Enneccerus, a. a. O.; Crome, § 146, II, 2; Goldmann-Lilienthal a. a. O.

Der Umstand, der hier gegenüber der Annahme eines Rechtsgeschäfts Bedenken erregt und auf den sich auch die Meinung derer, die die Bestimmung nicht als Rechtsgeschäft ansehen, stützt,[3] ist der, daß der Dritte selbst an der Bestimmung in keiner Weise interessiert ist, da lediglich die Parteien von den Folgen derselben getroffen werden.

Es fragt sich also, ob man die Frage nach dem Vorliegen eines Rechtsgeschäfts überhaupt abhängig sein lassen muß davon, ob damit die Erlangung rechtlicher Vorteile oder Nachteile verknüpft ist.

Sollte es richtig sein, daß in allen Fällen, in denen lediglich in fremdem Interesse und mit Wirksamkeit lediglich für Dritte gehandelt wird, aus diesem Grunde ein Rechtsgeschäft für den Handelnden nicht vorliegt? Daß dies nicht den Grundprinzipien des Bürgerlichen Gesetzbuches, das die Voraussetzungen für Rechtsgeschäfte selbst nicht normiert hat, entspricht, ergibt sich meines Erachtens ganz zweifellos aus der „Stellvertretung". Auch die Geschäfte des Stellvertreters sind, obwohl er damit nicht eigene, sondern fremde Interessen wahrnimmt, und obwohl dieselben nicht ihn, sondern den Vertretenen verpflichten, auf seiner Seite Rechtsgeschäfte; es bedurfte deshalb der besonderen im § 165 enthaltenen Bestimmung, daß ausnahmsweise die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ohne Einfluß auf die Willenserklärungen des Vertreters sei.

---

3) Vgl Dernburg, BR. § 87, III, 2; Oertmann, § 318; vgl. auch Crome, I § 73.

Wann aber liegt nun ein „Rechtsgeschäft" vor? Die herrschende Ansicht gibt die Antwort: „Rechtsgeschäft ist ein Tatbestand, dessen Hauptbestandteil eine Willensäußerung ist, gerichtet auf Rechtsfolgen, die deshalb eintreten, weil sie gewollt sind." [4]

Die Erklärung, die dem Vertrag oder der Leistung ihre Bestimmtheit gibt, ist inhaltlich auf Rechtsfolgen gerichtet. Nun treten zwar diese Rechtsfolgen im letzten Grunde nicht deshalb ein, weil sie der Erklärende will, sondern weil die Parteien die Wirkungen, die sich an das von dem Dritten Geäußerte knüpfen, wollen. Der Dritte will zwar nur, daß sich mit seiner Erklärung die Wirkung verbindet, die man von ihm erwartet, nämlich, daß er das gewünschte Gutachten und damit der Leistung die erforderliche Bestimmtheit gibt. Dies ist aber jedenfalls doch eine Folge, die sich an seine Äußerung deshalb knüpft, weil sie von ihm gewollt ist. Daß, was zuzugeben ist, hier nur eine nebensächliche Beziehung zwischen Erklärung und Erfolg vorliegt, dürfte wohl nicht hindern, um dem Gutachten den Charakter des Rechtsgeschäfts zu nehmen, sondern zu der Auffassung desselben als eines Rechtsgeschäfts ausreichen.[5]

Die Erwähnung der Stellvertretung als dem typischen Fall, in dem es sich lediglich um Wahrnehmung fremder Interessen handelt, könnte zu dem Gedanken führen, daß wir es hier im Grunde auch mit einer Stell-

4) Vgl. Biermann, Bürgerl. Recht I, § 44, 9; Matthiaß, § 46, III; Oertmann, Kommentar zum Allgem. Teil, Vorbem., S. 294 ff.

5) Ebenso im Ergebnis: Planck, § 318; Staudinger, § 318, 1; Cosak, § 84 IV, 5; Weismann, a. a. O., S. 316.

vertretung zu tun haben. Es liegt nahe genug und ist auch in der Tat schon angenommen worden,[6] daß, wenn der Dritte beispielsweise an Stelle der Parteien den Leistungsgegenstand bestimmt, seine Erklärung als Erklärung des hierdurch sich verpflichtenden Schuldners aufzufassen ist.

Eine solche Auffassung ist aber ganz verfehlt, ebenso wie es verfehlt wäre, den Satz aufzustellen, jede im fremden Interesse vorgenommene Handlung sei Stellvertretung.

Man denke im vorliegenden Falle nur an die Konsequenzen. Der Schuldner wäre durch die Erklärung des Dritten schlechthin gebunden, könnte also bei offenbarer Unbilligkeit nicht anfechten, was doch im Hinblick auf § 319 nicht zutrifft.[7] Keineswegs ist also der Dritte Stellvertreter.

Allerdings insofern, als es sich sowohl bei dem Gutachtsvertrage als auch bei der Stellvertretung, dort für den Dritten, hier für den Vertreter, um lediglich im fremden Interesse vorgenommene Rechtsgeschäfte handelt, dürften auf die Bestimmung des Dritten gewisse hier einschlagende Vorschriften der Stellvertretung als dem typischen Fall des Handelns im fremden Interesse zur analogen Anwendung gelangen.

Zu denken ist hier namentlich an die Bestimmung des § 165, der, wie schon erwähnt, den Beweis dafür abgibt, daß die Stellvertretung, obwohl sie lediglich

6) Vgl. Endemann, § 117, No. 22.

7) Vgl. Planck, § 318, 3 E.; Kuhlenbeck, § 318, 2; besonders Schollmeyer, § 318, 3.

Rechte und Pflichten für den Vertretenen erzeugt, trotzdem für den Vertreter ein Rechtsgeschäft ist, weil es der Bestimmung nicht bedurft hätte, wenn sie es nicht wäre.

Meines Erachtens kann es keinem Bedenken unterliegen, den im § 165 zum Ausdruck gelangenden Gedanken auf alle die Fälle anzuwenden, wo, obwohl lediglich im fremden Interesse gehandelt wird, doch für den Handelnden ein Rechtsgeschäft vorliegt. Denn eben weil für den Handelnden eigene Nachteile oder lediglich Vorteile nicht entstehen und nur die Interessen anderer in Betracht kommen, ist es nicht erforderlich, die sonst für Rechtsgeschäfte zum Schutze des Handelnden selbst in den §§ 106 ff. aufgestellten Grundsätze zu befolgen, sondern anstatt der namentlich hier in Betracht kommenden §§ 107 und 111 den § 165 analog zur Anwendung bringen. Nach § 111 ist die Bestimmung als ein einseitiges Rechtsgeschäft unwirksam, wenn es ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters des beschränkt Geschäftsfähigen (§ 111 in Verbindung mit § 114) vorgenommen wird, und nach § 107, der die Antwort auf die Frage gibt, wann die Einwilligung erforderlich ist, wäre sie in der Tat unwirksam, weil der Bestimmende lediglich Vorteile dadurch nicht erlangt, sondern höchstens Nachteile damit für ihn nicht verbunden sind. Durch die analoge Anwendung des § 165 auf die Bestimmung aber wird das Erfordernis der Einwilligung im Falle beschränkter Geschäftsfähigkeit des Dritten beseitigt.[8]

8) Ebenso im Ergebnis: Planck, § 318, 1; § 165, 1; Schollmeyer, § 318, 1; Oertmann, § 318, 2; Goldmann-Lilienthal, a. a. O., Anm. 15; Dernburg, § 87 III, 2; Crome, a. a. O.

§ 11.

Die Bestimmung erfolgt[1] durch formlose Erklärung gegenüber den Vertragsschließenden; es genügt jedoch, daß sie auch nur einem derselben abgegeben ist (BGB. § 318,1), wodurch eine wünschenswerte Beschleunigung ihres Wirksamwerdens erreicht wird.[2] Das letztere bestimmt sich nach den für Willenserklärungen geltenden allgemeinen Grundsätzen: wird die Erklärung der Partei nicht persönlich abgegeben, so wird sie erst wirksam in dem Zeitpunkt, in dem sie ihr zugeht, d. h. sie die Möglichkeit der Kenntnisnahme erlangt (§ 130). Ist die Bestimmung aber einmal wirksam, so ist sie damit auch zugleich unwiderruflich geworden.[3]

Sind daher mehrere Bestimmungen nacheinander abgegeben, so ist nur die erste wirksam, vorausgesetzt natürlich, daß sie ernstlich gemeint war. Eine andere Frage ist, ob eine Weigerung des Dritten, die Bestimmung zu treffen, widerruflich ist. Dies ist im Interesse der Verkehrssicherheit, andererseits aber auch schon mit Rücksicht auf § 319, 2 zu verneinen.[4]

---

1) Die folgenden, die Ausübung des Bestimmungsrechts betreffenden Ausführungen gelten gleichmäßig für die Bestimmung nach billigem Ermessen wie für die nach freiem Belieben.

2) Oertmann 318; Staudinger 318; Crome a. a. O., S. 41; Motive II, S. 194.

3) Oertmann 318; Staudinger 318; Matthiass, § 73, III, Enneccerus, § 151, 7; Cosack, § 84, IV; Staudinger 318; Crome, S. 900; Goldmann a. a. O, N. 15; Planck 318, 1; Seufferts Archiv, Bd. 56, S. 82; Liebe I, § 84, Anm. 5; Recke a. a. O. S. 138 unten.

4) So Rechtsprechung des Oberlandesgerichts, Bd. 6, S. 7. A. M. Planck 319, 2 b.

Der Dritte hat ferner die Bestimmung im Zweifel in Person zu treffen.[5] Für die nach freiem Belieben abzugebende Bestimmung bedarf das keiner weiteren Begründung; denn die Überweisung des Bestimmungsrechts ist hier lediglich ein Akt des persönlichen Vertrauens in die besonderen Eigenschaften des Dritten. Ein Akt des Vertrauens ist aber auch die Überweisung des Bestimmungsrechts nach billigem Ermessen. Denn obwohl hier im wesentlichen objektive Momente mitspielen, so wird es den Parteien doch auch gerade auf die subjektive Beurteilungs- und Anschauungsweise des Dritten und sein persönliches Empfinden ankommen. Darum würde auch der Hinweis auf die richterliche Korrektur nicht genügen, um dem Dritten ein Übertragungsrecht der Bestimmung zuzugestehen; denn die richterliche Korrektur tritt doch auch erst dann ein, wenn die Bestimmung offenbar unbillig ist (§ 319, 1). Deshalb ist in allen Fällen eine Übertragung des Bestimmungsrechtes seitens des Dritten grundsätzlich ausgeschlossen.[6]

5) Eine Ausnahme hiervon ist zu machen im Falle des § 660. Die Bestimmung hat hier keinen höchstpersönlichen Charakter, da der Auslobende nicht auf Grund eines besonderen Vertrauens von den Parteien selbst gewählt ist. Er ist vielmehr kraft Gesetzes zur Bestimmung ermächtigt und kann sich also auch vertreten lassen; vgl auch Oertmann, § 660, 6; Dernburg, BR. II, 2, § 335, V, 2; Planck, § 660 c. (Stirbt der Auslobende, so treten die Erben an seine Stelle, bei Geschäftsunfähigkeit der gesetzliche Vertreter) vgl. auch Recht 1904, S. 137, N. 588.

6) Planck 318, 1; Oertmann 318; Kuhlenbeck 318; Meisner 318; Mot. II, S. 194; Crome, S. 41; Goldmann, Nr. 15.

Es ist den Parteien aber unbenommen, eine solche im Vertrage zuzulassen.[7] Dabei ist zu bemerken, daß jedoch in diesem Falle von einer Stellvertretung im Sinne des Gesetzes nicht die Rede sein kann.[8] Stellvertretung in diesem Sinne ist stets Stellvertretung im Willen; hier aber bringt nicht die von dem Dritten erwählte andere Person dessen Willen zum Ausdruck, sondern auch sie handelt völlig selbständig und nach objektiven Grundsätzen. Daher finden die Normen von der Stellvertretung hier keine Anwendung.

Soll die andere Person den Willen des Dritten zum Ausdruck bringen, so würde lediglich eine Übermittlung der Bestimmung des Dritten durch diese Person vorliegen, wie ja überhaupt einer Übermittlung der Bestimmung durch Boten nichts im Wege steht.[9]

Das Übertragungsrecht des Dritten gemäß besonderer Vereinbarung der Parteien kann von Bedeutung immer nur für das Verhältnis zwischen dem Dritten und der von ihm ernannten Person sein; bleibt daher dessen Bestimmung aus, so kann nunmehr immer noch der Dritte selbst sich wieder das Bestimmungsrecht aneignen, es sei denn, daß nicht schon eine Verzögerung vorliegt[10] (siehe unten). Eine Übertragung des Be-

---

7) Planck 318, 2

8) Fast sämtliche Autoren sprechen davon, ob Stellvertretung zulässig ist. Es ist daher besser, von Übertragung des Bestimmungsrechts zu sprechen.

9) Schollmeyer a. a. O., S. 180 a.

10) Von diesem Falle ist selbstverständlich verschieden der Fall, in dem die Parteien nicht nebenbei ein Übertragungsrecht gestattet, sondern ausdrücklich ihm die Bestimmung des Dritten selbst überlassen haben.

stimmungsrechts durch Testament oder eine gesetzliche Erbfolge in das Bestimmungsrecht ist daher auch nur dann zuzulassen, wenn die Parteien das besonders vereinbart haben; denn im allgemeinen erlischt das Bestimmungsrecht mit dem Tode des Dritten (§ 319,2).

Alles dieses gilt auch, wenn die Bestimmung durch mehrere Dritte zu erfolgen hat. Nur stellt das Gesetz für diesen Fall noch besondere Regeln auf. So bestimmt BGB. § 317, 2: „Soll die Bestimmung durch mehrere Dritte erfolgen, so ist im Zweifel Übereinstimmung aller erforderlich."

Daraus geht hervor, daß die Parteien für die Bestimmung auch die Majorität entscheiden lassen können.[11] Eine Ausnahme macht das Gesetz für den Fall, daß es sich um die Bestimmung einer Summe handelt; hier soll im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend sein. § 317, 2, 2. Halbsatz. Man wird diese Bestimmung entsprechend in allen Fällen, wo es sich um die Bestimmung eines quantitativen Maßes handelt, anzuwenden und mithin auch hier das Durchschnittsmaß als das im Zweifel gewollte, anzunehmen haben.[12] Daß das Gesetz hier von dem Grundsatze der Einstimmigkeit abweicht, ist verständlich; denn darüber, wie eine Leistung zu bewerten ist (oder ob Kausalzusammenhang zwischen Tod und Unfall vorliegt oder nicht), läßt sich die Wahrheit eher ermitteln und ist daher Übereinstimmung eher notwendig und

11) Vgl. z. B. OLG., Bd. 16, S. 317.

12) Oertmann, 317; Kipp, a. a. O., S. 24; Rehbein, a. a. O. No. 20; vgl. auch OLG. 16, S. 367.

andererseits auch eher zu erzielen,[13] als darüber, wie hoch eine Leistung ziffernmäßig zu bemessen ist. Hierbei werden und müssen sich stets Abweichungen in den einzelnen Feststellungen ergeben, und soweit diese Abweichungen nur geringe sind, mag die Durchschnittssumme dann wohl in der Hauptsache auch objektiv das richtige Leistungsmaß treffen. Soweit sie allerdings größer sind, wird die Durchschnittssumme nicht immer ein befriedigendes Resultat ergeben, ohne daß die Bestimmung darum schon offenbar unbillig geworden zu sein braucht. Auch kann die Verweisung auf die Durchschnittssumme dahin führen, daß die Minderheit der Schätzer das Endergebnis in unnatürlicher Weise beeinflußt, wenn sie, sei es wegen grundsätzlich verschiedener Auffassung der für die Schätzung maßgebenden Gesichtspunkte, sei es arglistig eine von der Schätzung der Mehrheit erheblich abweichende Bestimmung trifft.[14]

Jedoch wäre es mit einer anderen Bestimmung des Gesetzes kaum besser gewesen, da sich Einstimmigkeit, wie gesagt, bei Bestimmung von Summen eben in den wenigsten Fällen erzielen läßt. Auch eine Bestimmung des Gesetzes, die hier die Mehrheit entscheiden ließe, würde nicht immer das Richtige treffen. Denn hier wäre vor allem zu bedenken, daß sich bei Bestimmung einer Summe, da doch jeder selbständig prüfen soll, meistens für eine gewisse Summe wohl selten eine Mehrheit finden dürfte. Auch eine dem

---

13) Endemann, § 117.
14) Protokolle I, S. 470.

§ 198, 2 GVG. nachgebildete Vorschrift[15] hätte nicht bessere Abhilfe geschafft, weil diese wieder dahin führen könnte, daß die von der einen Partei bestimmten Schätzer auf das Endergebnis ganz ohne Einfluß bleiben.[16] Außerdem ist das Verfahren, wobei die Durchschnittssumme entscheiden soll, das regelmäßig in solchen Fällen im Verkehr Geübte und stimmt auch überein mit dem Verfahren vor Gericht, bei mehreren untereinander verschiedenen Schätzungen von Sachverständigen.[17]

Freilich werden Unbilligkeiten bei Ausübung der Bestimmung durch mehrere sich nicht immer vermeiden lassen. So wird, wenn die Parteien verabreden, daß jeder einen Schiedsgutachter stelle, die Folge leicht die sein, daß jeder Sachverständige sich als Mandant seiner Partei betrachtet und jeder ein für diese günstiges Resultat zu erzielen suchen wird, zum Schaden natürlich einer objektiv billigen Schätzung. Mit solchen Eventualitäten ist aber stets zu rechnen. Wird doch sogar, auch wenn nur ein Dritter ernannt ist, dieser oft leicht geneigt sein, das Recht einer wirtschaftlich bedeutend schwächeren Partei mehr zu berücksichtigen.

Im übrigen sind auch die Bestimmungen des § 317 Abs. 2 dispositiver Natur, können also durch besondere Parteivereinbarungen ausgeschlossen werden.

§ 12.

Eine bloße Verabredung der Parteien, daß ein Dritter die Bestimmung treffen solle, verpflichtet diesen

15) Vgl. Weismann i. Arch. f. ziv. Pr. 74, S. 428.
16) Protokolle I, S. 470.
17) Protokolle I, S. 470; Planck, 317, 2.

noch nicht zur Übernahme der Bestimmung. Verpflichtet, die Bestimmung zu treffen, ist der Dritte nur, wenn er die Vornahme der Bestimmung einem oder beiden Vertragschließenden gegenüber vertraglich besonders zugesagt hat; das zugrunde liegende Verpflichtungsverhältnis kann Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag sein, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.[1] Im Falle des § 660 ist der Dritte, nämlich der Auslobende, sogar gesetzlich verpflichtet, die Bestimmung zu treffen.[2] Es kann in diesem Falle der Dritte von der Partei, der gegenüber er verpflichtet ist, bezw. wenn er beiden verpflichtet ist, also auch von jeder Partei, zur Vornahme der Bestimmung verklagt werden gemäß ZPO. § 888.[3] Die bloße Übernahme des Bestimmungsrechts genügt aber noch nicht zur Unterstellung einer solchen Verbindlichkeit, sondern stellt sich lediglich als ein Gefälligkeitsakt des Dritten dar.[4] Auf die §§ 317—319 ist es jedoch ohne Einfluß, ob der Dritte sich verpflichtet hat oder nicht. Sie kommen vielmehr ohne Rücksicht darauf zur Anwendung, und daher geht den Parteien, auch wenn der Dritte sich verpflichtet hat und mithin zur Vornahme verklagt werden kann, nicht das Recht verloren, wonach sie bei Ausbleiben oder Verzögerung der Bestimmung das Gericht anrufen können, damit es an Stelle des Dritten bestimme.[5] Es stehen den Parteien in diesem

1) Oertmann, 317, 2; Kuhlenbeck, § 195; Matthiaß, § 73, III.
2) Vgl. Oertmann, 660, 17; Planck, 660, 1, 2b; Staudinger, 660, 4; Endemann I, § 177.
3) Schollmeyer, 317; Planck, 317, 3; Endemann, § 117, No. 17.
4) Dernburg, § 87 III, 5.
5) Planck, 317, 3; Schollmeyer, 317, 1b.

Falle daher zwei Wege offen, um eine Bestimmung zu erlangen: entweder Klage gegen den Dritten auf Vornahme der Bestimmung oder Klage auf Bestimmung durch den Richter. Bei der Bestimmung nach freiem Belieben ist es nach den obigen Ausführungen natürlich nur möglich, den Weg des gerichtlichen Zwanges gegen den Dritten zu beschreiten.

Je nachdem der Dritte verpflichtet ist, die Bestimmung zu treffen oder nicht, ist dann auch seine Haftung eine ganz verschiedene. Ist er verpflichtet und unterläßt er es schuldhaft, die Bestimmung rechtzeitig zu treffen, so kommt er damit in Erfüllungsverzug und haftet nach Maßgabe von § 276 für den daraus entstehenden Schaden. Dasselbe gilt, wenn er die Bestimmung schuldhaft nicht ordnungsmäßig ausübt.[6]

Steht der Dritte dagegen in keinem Verpflichtungsverhältnisse zu den Parteien, so ist natürlich auch seine Haftung eine wesentlich beschränktere. In diesem Falle kann für ihn nur eine Haftung aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff.) in Betracht kommen.

Nach den obigen Ausführungen bedarf der Dritte, wenn er beschränkt geschäftsfähig ist, zu der Bestimmung nicht der Einwilligung seines Vertreters. Dies gilt natürlich nicht, wenn die Übernahme der Bestimmung kontraktlich erfolgt ist. Hierin liegt etwa keine Modifikation der obigen Erörterungen, denn hier ist es eben schon der Vertrag, durch den sich der Dritte zur Übernahme der Bestimmung verpflichtet, der nach allgemeinen Grundsätzen Einwilligung des Vertreters erfordert. (§ 107.)

6) Planck, 317, 3; Endemann I, § 117.

C. Unwirksamkeit der Bestimmung.

§ 13.

a. In den Fällen, in denen die Bestimmung nach billigem Ermessen unwirksam ist, nämlich bei offenbarer Unbilligkeit, Ausbleiben oder Verzögerung der Bestimmung, tritt nun das richterliche Bestimmungsrecht ein. Dieses kann vertraglich nie ausgeschlossen werden. Ebensowenig wie einem außergerichtlichen Beweisvertrag, der die vorherige vertragliche Ausschließung von gewissen Beweismitteln für den Fall des Prozesses zum Gegenstande hat, oder gewisse für die Geltendmachung des Anspruches unrichtige Tatsachen als bewiesen und daher später dem richterlichen Würdigungsrecht entzogen feststellt,[1] können die Parteien einen Gutachtsvertrag mit Ausschließung der richterlichen Korrektur abschließen, abgesehen natürlich von dem Fall der Bestimmung nach freiem Belieben. Es ist den Parteien versagt einen Vertrag dahingehend abzuschließen, daß eine bestimmte Tatsache so wie sie von dem Dritten festgestellt ist, als bewiesen gelten solle. Tatsachen können die Parteien nicht schaffen ebensowenig wie sie nicht vorhandene Tatsachen der Überzeugung des Richters aufoktroieren können.[2] Der Gutachtsvertrag läßt daher eine Ausschließung der Anfechtung im Falle offenbarer

---

1) Struckmann-Koch, I. ZPO., § 286, 5; Petersen-Anger, I. § 286, 1; Weismanns Lehrb. I, § 44 VI, S. 156; Gaupp-Stein, ZPO. I, § 282, VII; Seuffert, ZPO. I zu § 282, 283, N. 1, Abs. 3; RG. Bd. 20, S. 402; 24, S. 359.

2) Petersen-Anger, ZOP. zu § 1025, 3 b; Striethorst, Bd. 27, S. 60; Rehbein, §§ 305–319, Nr. 22, Abs. 2; Gaupp-Stein II Vorbem. zu § 1025, II, 3, § 286, I, 5.

Unbilligkeit und Sachwidrigkeit nicht zu. Die Bestimmung des Dritten hätte anderenfalls eine ähnliche Bedeutung wie sie das Urteil hat. Und wenn sie diese andererseits also nicht hat und auch materiell in bezug auf ihre Nachprüfung durch den Richter nicht eingeschränkt werden kann, so zeigt das die Natur des Gutachtsvertrages als eines rein materiellrechtlichen und nicht beweisvertragähnlichen, soweit man von Beweisverträgen im Hinblick auf das freie Beweiswürdigungsrecht des Richters heute überhaupt noch sprechen kann.

Dennoch ist die Bestimmung, wenn sie einmal getroffen ist, auch prozeßrechtlich nicht ohne Bedeutung. Denn solange eine Anfechtung nicht erfolgt ist, stellt sie eine bewiesene und daher von der die Leistung einklagenden Partei nicht mehr beweisbedürftigen Tatsache dar.[3] Also zum Beispiel in einer Schadensersatzklage, wo nicht mehr über den Grund sondern nur um den Betrag gestritten wird, müßte der Schadensersatz verlangende Kläger die Höhe seines Schadens dartun und ihn beweisen; anders, wenn ein Dritter zur Festsetzung derselben hinzugezogen war; es genügte dann im Klageantrag die Bezugnahme auf die Festsetzung des Dritten. Will der Beklagte die Bestimmung des Dritten nicht gelten lassen, so kann er das nur auf Grund der im Gesetz hierfür gegebenen Voraussetzungen und dann trifft, wie wir unten sehen werden, ihn die Beweislast, daß jene Voraussetzungen vorliegen. Es zeigt sich also auch hierin wieder eine Verwandtschaft

3) Kohler bei Gruchot, Bd. 31, S. 301 ff.; RGE., Bd. 2, S. 311; Recht 1908, Nr. 137.

mit dem Anerkenntnis, weil es auch bei diesem zur Geltendmachung der Leistung genügt, das Anerkenntnis als solches darzutun, während etwaige Einwendungen kausaler Natur von dem Beklagten zu beweisen sind.

Eine andere als die dargelegte Bedeutung kommt prozessual dem Gutachtsvertrage nicht zu. Die richterliche Korrektur kann wie gesagt nie ausgeschlossen werden. Ist demnach in einem Vertrage derartiges vereinbart, so macht das den Vertrag zwar nicht nichtig, sondern es gilt dann einfach nach dem Satze: „utile per inutile non vitiatur" als nicht geschrieben. Ein im voraus abgegebener Verzicht [4] auf die Geltendmachung der Anfechtung wegen Unbilligkeit wäre daher auch stets nichtig. [5] Nach erfolgter Bestimmung kann selbstverständlich die geschädigte Partei die unbillige Bestimmung gelten lassen, z. B. in Form eines Anerkenntnisses (§ 781); in diesem Falle bliebe es bei der Bestimmung des Dritten.[6]

Wann ist nun eine Bestimmung „offenbar unbillig" und damit unverbindlich? Es ist darauf zu achten daß das Gesetz nicht schon schlechthin Unbilligkeit sondern „offenbare [7] Unbilligkeit" erfordert. Es ist

---

4) Es ist allerdings möglich, in diesem Falle eine Bestimmung nach freiem Belieben als von den Parteien gewollt; anzunehmen. Das ist aber im Zweifel auch nicht am Platze (vgl. oben).

5) Vgl. Bülow, im Archiv für zivil. Praxis 64, S. 62 ff, Weismann, eod. Bd. 72, S. 312.

6) Oertmann, § 319.

7) Der Ausdruck „offenbar" ist kein juristischer; er ist ein Ausdruck des gewöhnlichen Lebens und dementsprechend auszulegen. Vgl. z. B. BGB., §§ 1591, 1771, 2048, S. 3; 2155 S. 3; 2217.

also nicht jede Unbilligkeit gemeint. Nicht jeder Streit ob billig oder unbillig, nicht kleinliche Kritik soll die Bestimmung des Dritten schon zu einer unverbindlichen machen. Würde doch zu leichte Anfechtbarkeit das „Gutachten" jeden praktischen Nutzens berauben! Darum genügt eine Bestimmung, die der Billigkeit nicht entspricht, erst dann zur Herbeiführung der richterlichen Korrektur, wenn sie „offenbar unbillig" ist.[8]

Offenbar unbillig aber ist die Bestimmung erst dann, wenn es zweifellos ersichtlich und für jeden verständigen Menschen erkennbar ist, daß das Ergebnis objektiv so auffallend von dem abweicht, was bei Anwendung sachgemäßer Würdigungsgrundsätze erzielt werden müßte, daß eine Regelung des Rechtsverhältnisses der Parteien unter Anwendung des Maßstabes jener Bestimmung durchaus sachwidrig sein würde.[9]

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß die Unbilligkeit eine sich sofort dem Beurteiler aufdrängende sein muß; es genügt, daß sie aus der weiteren Beweisführung klar erhellt.[10]

8) Kipp a. a. O., S. 22, Nr. 3a; Recke a a. O., S. 123; Planck, § 319.

9) RG. 10, S. 130; es ist jedoch nicht erforderlich, daß die Differenz zwischen der falschen und der richtigen Schätzung immer eine große sein muß (D. Jur.-Ztg. 1904, S. 555). Dies hatte im gemeinen Recht die Bedeutung, daß eine offenbare Unbilligkeit vorhanden sein konnte, obwohl kein Teil über die Hälfte verletzt war, und daß sie nicht vorhanden war, obwohl ein Teil über die Hälfte verletzt war. Weismann, a. a. O. S 301.

10) Goldmann-Lilienthal, § 95, No. 11, 2; Oertmann, 319, 2; Planck, 319. 1; Crome, S. 146, No. 15; Staudinger, 319; Recht 1908 No. 3764/65; Els.-Lothr. J.-Ztg. 1908, S. 567; Jur. Wochenschrift 1908, S. 711 No. 3.

Und zwar muß für die Frage der Unbilligkeit ohne Rücksicht auf die etwaigen späteren Befunde der zur Zeit des Gutachtens[11] erkennbare tatsächliche Zustand als Grundlage genommen werden. Nur wenn damals bei unparteiischer und sachgemäßer Prüfung hätte sofort in die Augen scheinen müssen, daß dem erstatteten Gutachten wesentliche Mängel anhaften, läßt es sich als offenbar unbillig bezeichnen.

Auch darauf kommt nichts an, ob der Dritte bewußt oder unbewußt unbillig bestimmt hat. Auch der gutgläubige Dritte kann offenbar unbillig entscheiden, Es genügt also, daß die Bestimmung objektiv unbillig ist.[12]

Nicht jede Verschiedenheit der Auffassung kann den Grund zur Umstoßung des Gutachtens geben. Ist eine verschiedene Beurteilung möglich, so ist vielmehr zugunsten der Aufrechterhaltung der Bestimmung des Dritten zu entscheiden.[13] Darum ist der subjektiven Auffassungsweise noch Spielraum genug gelassen. Hiermit in Einklang steht die obige Erwägung, daß es den Parteien auch bei der Bestimmung nach billigem Ermessen sehr wohl auf die Person des Dritten wegen seiner Anschauungsweise in der betreffenden Sache ankommen kann, und

---

11) D. Jur.-Ztg. 1908, S. 971; (RG. 69, 167); Jur. Wochenschrift 1908, S. 565, No. 31.

12) Oertmann, 319, 2; Staudinger, 319, 1; Kuhlenbeck, 319, 1; Recke, a. a. O., S. 143; Schollmeyer, 319; Weismann, a. a. O., S. 299.

13) Neumann, 319, I, 3; Planck, 319, 1; Schollmeyer, 319, 1; vgl. das Beispiel bei Staudinger, 319, 1: Recht 1906, S. 615, No. 1437.

daß deswegen eine Übertragung des Bestimmungsrechts grundsätzlich nicht zulässig ist.

Und weil darum den Parteien nur an der Bestimmung gerade dieses Dritten gelegen ist, kann offenbare Unbilligkeit auch dann vorliegen, wenn feststeht, daß der Dritte gar nicht selbst geprüft, daß er, um sich dieser Mühe zu entziehen, einfach die Feststellung eines anderen, z. B. des Gegners angenommen, oder daß er eine Untersuchungsmethode angewandt habe, die zweifellos ungeeignet sei usw. Der Grund der Unbilligkeit kann somit auch in der Art und Weise liegen, wie der Ausspruch des Dritten zustande gekommen ist.[14]

Hat der Dritte doloserweise eine sachwidrige Bestimmung getroffen, so fragt es sich, ob die Bestimmung als solche bestehen bleibt und die Parteien auf den Ersatzanspruch gegen den Dritten beschränkt sind,[15] oder ob auch die Bestimmung als offenbar unbillig gerügt werden könne.[16] Hier greift jedoch auch wieder der Prüfungsmaßstab „offenbarer Unbilligkeit" durch. Es ist nicht einzusehen, warum hier die unrichtige Bestimmung Geltung behalten soll, wo sie an sich doch „offenbar unbillig" ist. Eine Ersetzung der Bestimmung durch richterliches Urteil ist stets herbeizuführen, während der Schadensersatzanspruch gegen den Dritten allein im Falle seines Unvermögens zu keiner Befriedigung führen würde. Man denke doch auch an den Fall, daß der Dritte im Einverständnis

14) Weismann, a. a. O., S. 300; vgl. auch RG. 6, 201; RG. 45, S. 351; 67, S. 71, 167.

15) So Crome, § 146, No. 12.

16) So Cosack, § 84, IV, 5 (gegen Crome).

mit einer Partei dolos gehandelt hat in der Absicht, eine dieser Partei möglichst günstige Bestimmung herbeizuführen; hier wäre es doch ein Unding, wollte man dieser Partei, die selbstverständlich auch schadensersatzpflichtig ist, erst den aus der Bestimmung widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil zuerkennen und ihr diesen später in der Schadensersatzklage wieder absprechen. Es ist also jedenfalls gerechtfertigt, wenn sowohl die Bestimmung als eine offenbar unbillige beseitigt und im übrigen eine Schadensersatzklage gemäß § 823 ff. gegeben wird.

b. Die Bestimmung durch den Richter[17] tritt zweitens ein, wenn „der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert" (BGB. § 319 Abs. 1 Satz 2). Dem Nichtkönnen und Nichtwollen ist also das Verzögern gleichgestellt. Dies ist wichtig wegen der Frage, ob ein vorübergehendes Nichtkönnen genügt, oder ob feststehen muß, daß der Dritte nicht imstande sein wird, die Bestimmung zu treffen. An und für sich genügt natürlich eine kurze vorübergehende Behinderung des Dritten nicht. Dauert das vorübergehende Nichtkönnen aber so lange an, daß damit zugleich objektiv eine Verzögerung entstanden ist, so genügt das vorübergehende Nichtkönnen.[18] Es muß also grundsätzlich das Nichtkönnen ein dauerndes sein; das vorübergehende Nichtkönnen kommt nicht als solches, sondern als etwaige Verzögerung in Betracht. Das Nichtkönnen kann durch die verschiedensten

17) Bei der Bestimmung nach freiem Belieben tritt, wie bemerkt, auch hier Unwirksamkeit des ganzen Vertrages ein.

18) Schollmeyer, 319, 1b; Planck, 319, 2a.

Gründe hervorgerufen sein. Außer dem praktisch wichtigsten Falle, dem Tode des Dritten, kommen in Betracht: Abwesenheit, Krankheit, Geschäftsunfähigkeit.[19] Hinderungsgründe letzterer Art können allerdings gehoben werden. Dies hat jedoch nur dann Bedeutung, wenn nicht durch das Abwarten ihres Wegfalls gleichzeitig eine Verzögerung entsteht.[20] Zuweilen allerdings wird man auch dann von einem Nichtkönnen sprechen können, wenn es ein voraussichtlich dauerndes ist, z. B. bei schwerer Erkrankung des Dritten. In diesem Falle braucht also nicht einmal eine Verzögerung zu entstehen, sondern es kann sofort die richterliche Hülfe begehrt werden.

Wann liegt nun eine Verzögerung vor? Der Ausdruck Verzögerung ist nicht wörtlich aufzufassen, denn schon eine vorübergehende kurze Behinderung des Dritten ist eine Verzögerung. Eine Verzögerung liegt vielmehr erst dann vor, wenn durch die Hinausschiebung der Bestimmung eine Gefährdung der Interessen der Parteien entsteht oder zu befürchten ist. Ob der Dritte die Verzögerung verschuldet hat oder nicht, ist für die sich an die Verzögerung anknüpfende Folge der richterlichen Bestimmung genau so unwesentlich wie im Falle der offenbaren Unbilligkeit, wo es auch nicht darauf ankommt, ob der Dritte sie bewußt oder unbewußt

19) In der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen können, wie oben gezeigt, an sich die Bestimmung vornehmen; anders natürlich bei entgegenstehender Parteiabsicht.

20) Kipp, a. a. O., S. 22 oben; Planck, S. 319, 2a.

herbeigeführt hat. Das Bedürfnis nach einer Bestimmung ist gleich dringlich, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht.[21] Ist eine Frist vereinbart, innerhalb deren eine Bestimmung zu erfolgen hat, so liegt bei Nichtinnehaltung der festgesetzten Frist stets Verzögerung vor. Tritt während der vereinbarten Frist ein dauerndes oder voraussichtlich dauerndes Nichtkönnen ein, so wird natürlich schon damit eine Anrufung des Gerichts statthaft. In Ermangelung einer vereinbarten Frist ist eine Verzögerung gegeben, wenn die Bestimmung nicht innerhalb einer den Umständen angemessenen Frist erfolgt; das heißt aber nicht,[22] daß eine Verzögerung in diesem Falle erst angenommen werden kann, wenn die Frist, deren Einhaltung dem Bestimmungsberechtigten zugemutet werden kann, abgelaufen ist; die Frage nach dem Vorliegen einer Verzögerung ist nicht vom Standpunkte des Dritten und aus seiner Person heraus zu beurteilen, sondern bestimmt sich objektiv danach, ob die Umstände solche sind, daß dadurch eine Gefährdung der Parteiinteressen zu befürchten ist. Man käme sonst leicht zu der Annahme, daß ein Verschulden bezw. ein Nichtverschulden des Dritten für die Frage der Verzögerung mitspiele. Daher ist es richtiger, zu sagen, eine Verzögerung liegt vor, wenn die Ausübung des Bestimmungsrechts länger unterbleibt, als es die Lage des Falles rechtfertigt.[23]

21) Goldmann-Lilienthal, S. 368; Crome, § 146, Note 13; Enneccerus-Lehmann, § 151, Note 2; Dernburg, § 86, No. 8; Oertmann, 319, 4; Planck, 319, 2; Schollmeyer zu 315, 4b; Kipp, S. 22.

22) Wie Kipp, S. 22, No. 3a meint.

23) Schollmeyer, a. a. O.

Ist die Bestimmung mehreren Dritten übertragen, so dürfte praktisch der Fall, daß sich die Dritten nicht einigen können,[24] oft eine Verzögerung herbeiführen.

„Nicht wollen" liegt vor, wenn der Dritte es ablehnt oder sich weigert, die Bestimmung zu treffen; denn der Dritte ist im allgemeinen nicht verpflichtet, die Bestimmung zu treffen. Ist er aber verpflichtet, so kann er zwar verklagt werden, die Bestimmung zu treffen (siehe oben), ist aber schon eine Verzögerung entstanden, d. h. sind die Interessen der Parteien gefährdende Umstände eingetreten, so kann auch hier der Richter an die Stelle des Dritten treten.

Nach Analogie des § 318, 1 dürfte es genügen, wenn die Weigerung auch nur gegenüber einer Partei erklärt ist.[25] Eine Zurücknahme der Weigerung ist an sich unzulässig (s. oben).

§ 14.

Ob eine offenbare Unbilligkeit oder eine Verzögerung vorliegt, hat im Streitfalle der zu beweisen, der sich darauf beruft. Nicht die Billigkeit, sondern die Unbilligkeit ist zu beweisen. Denn regelmäßig soll ja die Bestimmung des Dritten die Parteien binden. Sie hat die Vermutung der Billigkeit für sich; die Ersetzung durch Urteil soll die Ausnahme bilden und nur dann erfolgen, wenn die Unbilligkeit eine offenbare ist. Analog ist es im Falle der Verzögerung; denn daß zunächst der Dritte die Bestimmung treffen soll, ist

24) Vgl. auch Oertmann, 319, 4; Meisner, 319, 1; Motive II, S. 194.

25) Planck, a. a. O.; Schollmeyer, a. a. O.

Parteiabsicht. Die Bestimmung durch den Richter soll also auch hier erst eintreten, wenn das Ausbleiben oder die Verzögerung von der sie behauptenden Partei, nachgewiesen wird. In jedem Falle ist es Pflicht der Partei, den Nachweis klar und unzweideutig zu erbringen und dem Richter alle hierzu erforderlichen Beweismittel an die Hand zu geben.[1]

Ungenau ist die Ausdrucksweise, die sich zuweilen findet, der „Kläger" habe die Unbilligkeit oder das Ausbleiben der Bestimmung zu beweisen;[2] der Kläger kann nämlich auch der Gläubiger sein, wenn er in einer Feststellungsklage den Schuldner auf Anerkennung der Verbindlichkeit der Bestimmung verklagt, und doch hat hier nicht der Kläger, sondern der Beklagte die Unbilligkeit zu beweisen.[3] Zwar wird auch die Gegenmeinung vertreten,[4] daß in diesem Falle der Kläger, also der Gläubiger, die Billigkeit zu beweisen habe, weil nur er ein Interesse an der Feststellung habe. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß kein Grund vorliegt, dem Gläubiger die Betätigung des Interesses zu erschweren. Es ist durchaus gerechtfertigt den Schuldner, der sich gerühmt hat, er sei an die Bestimmung nicht gebunden, weil sie unbillig sei, nun auch zum Beweise zu zwingen. Ist man aber einmal hier geneigt, den Schuldner zu bevorzugen, so ist doch

---

1) Planck zu 319, 1; Dernburg, § 87, III, 6; Matthiaß, a. a. O; Kipp, S. 22; Staudinger, 319, 1; Schollmeyer, 319, 1a; Crome, § 146, II, 2b; Meisner, 319, 3; Neumann, 319, 1; Goldmann-Lilienthal, a. a. O., No. 19; Recke, S. 148; Cosack, § 84, IV.

2) So Dernburg, § 87, IIIb; Crome, § 146, II, 2b.

3) So Planck, 319, 1 a. E.

4) So Schollmeyer, 319, 1a Abs. 2.

jedenfalls das falsch, vom Gläubiger den „Beweis der Billigkeit“ zu verlangen. Es wäre doch dann nur logisch, hier das einzig richtige, dem Gläubiger den Beweis darüber aufzuerlegen, daß die Bestimmung eine „offenbar unbillige“ nicht sei. Wie der Gläubiger aber diesen Beweis führen soll, ist mir unklar. Daher bleibt nichts anderes übrig, und ist nichts einfacher und zweckentsprechender, stets dem die Beweislast aufzuerlegen, der mit der Bestimmung unzufrieden ist.[5]

§ 15.

a. Die Bestimmung durch den Richter wird geltend gemacht im Wege der Klage. Es fragt sich nun, welcher Art diese Klage ist. Zu diesem Zwecke ist es nötig, zunächst auf die Natur des Urteils einzugehen, welches in dieser Klage ergeht und in dem sich die Bestimmung der Leistung verkörpert. Hier kommt die gewöhnliche Unterscheidung zwischen dem deklarativen und dem konstitutiven Urteil in Betracht; daneben aber erblickt Kisch in dem im Falle des § 319 ergehenden Urteil eine dritte eigenartige Erscheinungsform, der er den Namen „festsetzendes Urteil“ gibt.

Auf das Wesen dieser drei Urteilsformen sei kurz eingegangen. Das deklarative Urteil stellt lediglich eine schon außerhalb des Prozesses gemäß dem Gesetze eingetretene Rechtsfolge fest, d. h. es bejaht oder verneint rein deklarativ ihre Existenz. Wenn z. B. in

---

5) Vgl. Cosack, a. a. O.; Meisner, 319, 3; Neumann, 319; Motive II, S. 194.

einer Kaufklage der Käufer verurteilt wird, den Kaufpreis zu zahlen, so ist das ein deklaratives Urteil; es stellt nur die schon außerhalb des Prozesses eingetretene Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises fest.

Zu den Klagen mit einem deklaratorischen, konstatierenden Urteil gehören die Feststellungs- und die Leistungsklagen. Denn bei beiden wird in rechtserheblicher Beziehung ein Anspruch, ein Rechtsverhältnis oder eine Tatsache als schon außerhalb des Prozesses entstanden konstatiert, bezw. verneint, nur mit dem Unterschiede, daß das Feststellungsurteil sich mit dieser Konstatierung begnügt, das Leistungsurteil dagegen sich auch mit der praktischen Durchführung des so konstatierten Rechts, mit der Verurteilung beschäftigt.[1]

Ganz anders ist die Natur des konstitutiven Urteils. Dieses schafft aus sich heraus eine ganz neue rechtliche Beziehung. Nicht stellt es fest, daß eine solche schon bestand. Deshalb dient der Spruch des Richters dazu, auf die vorhandene Rechtslage einzuwirken, sie zu verändern, sie zu gestalten; nicht ist das der Zweck, die vorhandene Rechtslage festzustellen.

Von diesen beiden Kategorien von Urteilen unterscheidet nun Kisch[2] die weitere Kategorie des festsetzenden Urteils: „Das objektive Recht kann nämlich das Maß einer Leistung statt dasselbe von vornherein durch außerprozessuale Umstände zu bestimmen, der Festsetzung durch den Richter überlassen. Die Aufgabe des Urteils ist dann eine ganz eigentümliche. Sie

1) Vgl. Kisch, Beiträge, S. 14 ff.
2) a. a. O., § 5.

besteht in einer Ergänzung des außerprozessualen Tatbestandes."

Das festsetzende Urteil ist von Bedeutung also in allen Fällen, wo zwar eine Leistungspflicht schon besteht, wo aber der Inhalt und der Umfang derselben noch offen gelassen und der richterlichen Bestimmung überlassen ist. Den Unterschied des festsetzenden Urteils gegenüber dem konstitutiven Urteil erblickt Kisch darin, daß es nicht wie dieses die bisher gegebene konkrete Rechtslage verändert, daß es vielmehr „eine Ergänzung des außerprozessualen Vorgangs trifft, indem es das demselben fehlende Moment enthält, nämlich wirksame Festsetzung der Leistungshöhe."

Von dem deklarativen Urteil aber unterscheidet sich das festsetzende in der Hauptsache darin, daß bei jenem die Verbindlichkeit nicht bloß ihrer Existenz, sondern auch ihrem Umfange nach schon außerhalb des Prozesses feststehe. Bei letzterem dagegen der Umfang sich nicht aus dem außerprozessualen Tatbestande, sondern erst aus dem Richterspruch ergebe. Mithin liegt nach Kisch [3] auch im Falle des § 319 ein solches Festsetzungsurteil vor. Im übrigen ergreift die Literatur bald für die deklarative,[4] bald für die

3) a. a. O., S. 139.

4) So Kohler für den analogen, auch von Kisch gleichgestellten Fall des § 343 BGB. in Ztschr. für ZP., Bd. 29, S. 13; Hölder im Recht 1900, S. 161; Prot. I, S. 465; ausdrücklich Enneccerus-Lehmann, § 127 Anm. 12; anscheinend auch Planck, § 315, 3; Dernburg, § 86, V; Kuhlenbeck, 315, 2; Meisner, 315; Neumann, 515, 1; Goldmann-Lilienthal zu 315; Crome, § 146, II, 2b; Liebe, I, § 84 Anm. 6; denn sie reden von der Zulässigkeit der Feststellungs- und der Leistungsklage; vgl. auch Schollmeyer zu § 315, 4 und Hayum, Schiedsvertrag S. 34.

konstitutive [5] Natur des hier in Frage stehenden Urteils Partei.

Auf Grund der obigen Ausführungen über das Verhältnis der Bestimmung des Dritten zum Hauptvertrage (im Falle der Bestimmung nach billigem Ermessen) wird es nun ein leichtes für uns sein, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Denn was dort für die Bestimmung des Dritten galt, muß auch hier für die richterliche Bestimmung, das Urteil, analog gelten.

Aus den obigen Feststellungen nun ergab sich, daß in der Bestimmung des Dritten keineswegs eine Ergänzung des Vertrages zu erblicken ist; denn der Vertrag ist perfekt und lautet z. B.: ich verkaufe Dir eine Sache zum angemessenen, billigen Preise; welches der angemessene Preis ist, soll der dritte C feststellen. Darum kann es sich auch hier, wo an Stelle des Dritten der Richter bestimmt, nicht um eine Ergänzung des ursprünglichen Vertrages handeln. Gerade aber in dieser „Ergänzung eines außerprozessualen Tatbestandes" erblickt Kisch die Natur und das Wesen des festsetzenden Urteils. Und weil im Falle des § 319 von einer Ergänzung in diesem Sinne keine Rede sein kann, so kann folgerichtig das sog. festsetzende Urteil für unseren Fall wenigstens nicht in Betracht kommen.

Ein Maßstab für die Bestimmung der Schuldhöhe ist stets vorhanden. Es steht rein objektiv schon die Höhe des Kaufpreises fest; denn er ist von vornherein

---

5) So Kipp, S. 21; Seuffert, I, § 253, Anm. 2c, S. 343; Gaupp-Stein, I, Vorbem. zu § 253, II, 3b; Stein in Birkmeyer Encyklopädie, S. 1173; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 460, A. 5; Lehrbuch, S. 238—239; Oertmann, § 315, Anm. 4a.

als der billige und somit einzig mögliche bestimmt. Ja, könnte der Richter nach Willkür verfahren, so würde man allerdings von einem a priori feststehenden Kaufpreis nicht sprechen können. Zwar gibt es gegen die rechtskräftige Entscheidung des Richters nicht deswegen ein Rechtsmittel, weil seine Entscheidung nicht dem billigen Ermessen entspricht; doch das geschieht nur darum nicht, weil es anderen höher stehenden Prinzipien widerstreiten würde. Das Urteil muß richtig sein, auch wenn es materiell unrichtig ist; es würde sonst, wie Savigny sagt, durch Geschlechter hindurch ein ewiges Prozessen geben. Dies berührt also nicht unsere Auffassung, daß das zu bestimmende Schuldmaß als das objektiv billige schon außerhalb des Prozesses feststehe. Der Richter hat also nur wie der Dritte zu ermitteln und festzustellen, wie hoch ziffernmäßig ausgedrückt das Schuldmaß ist, indem auch er hierzu nach festen Billigkeitsgrundsätzen zu verfahren hat und darum wohl selten der Hülfe von Sachverständigen entbehren dürfte. Das Urteil hat also auch hier die Bedeutung, daß es eine schon außerhalb des Prozesses eingetretene und in Wirklichkeit schon feststehende Tatsache lediglich feststellt.

Auf Grund dieses Satzes ergibt sich definitiv die Bedeutung des hier in Frage stehenden Urteils als eines rein daklaratorischen. Denn da das Urteil nicht aus eigener Macht, aus sich selbst heraus, eine Rechtsordnung erzeugt, sondern nur eine schon enstandene feststellt, kann auch von einem konstitutiven Urteil hier nicht mehr die Rede sein. Zwar ist diese Rechtswirkung keine wie sonst allgemein gemäß einer Rechts-

norm entstandene, sie ist vielmehr entstanden gemäß den Normen der Billigkeit und Üblichkeit im Verkehre, die dabei im letzten Grunde die Quelle alles Rechtens sind, und darum dürfte das ihre deklarative Natur keineswegs berühren.

Wollte man aber sagen, das Urteil ändere hier ab und setze an Stelle eines bestimmten Zustandes einen anderen Zustand und damit die Natur des hier vorliegenden Urteils als eines konstitutiven begründen, so ist dem entgegenzuhalten, daß es sich um eine Abänderung in diesem Sinne, um Schaffung einer neuen Rechtswertung hier nicht handelt. Die offenbar unbillige Bestimmung des Dritten ist ja an sich schon unverbindlich, bevor sie der Richter abändert (BGB. § 319 „. . . . die Bestimmung ist nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist); es wird also auch dies nur konstatiert und nicht konstituiert. Dies ist auch entsprechend der Fall, wenn der Richter die wegen offenbarer Unbilligkeit angefochtene Bestimmung des Dritten als zu Recht bestehend, bestätigt. Gerade hier zeigt sich deutlich die Feststellungsnatur des Urteils. Ein konstitutives Urteil würde vorliegen, wenn bei der Bestimmung nach freiem Belieben im Falle des Ausbleibens der Bestimmung das Gesetz vorschriebe, daß hier an Stelle des Dritten der Richter bestimmte; denn hier fehlte von Anfang an der objektive Maßstab.

b. Aus der Natur des Urteils als eines rein deklaratorischen folgt, daß die Klagen, mit denen die richter-

---

6) Ähnlich Hayum, S. 34.

liche Bestimmung herbeizuführen ist, die gewöhnliche Feststellungs- und die Leistungsklage sind.

Was die Feststellungsklage angeht, so ist streitig, ob hierfür die gewöhnliche Voraussetzung des § 256 ZPO., das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses, vorliegen muß. Dies ist zu verneinen, da § 319 den Parteien in jedem Falle ein Recht auf Bestimmung durch den Richter gibt.[7]

Ist die Klage Leistungsklage, so geht sie auf Verurteilung zu der vom Gericht zu bestimmenden Leistung. Es kann also das Korrekturbegehren mit der Klage auf Leistung verbunden werden, nicht bedarf es zweier Klagen, einer auf Bestimmung der Leistung und einer weiteren auf Vollzug der Leistung.[8] Selbstverständlich kann das Korrekturbegehren auch vom Schuldner verteidigungsweise eingewendet werden.

Klageberechtigt ist jede Partei.

Der Prozeß ist nicht gegen den Dritten, sondern unter den Parteien zu führen.[9] So auch im Falle des § 660.

---

7) A. M.: Kuhlenbeck, 315, 2; Liebe, § 84 ab; Matthiaß, § 73, III 1a, S. 175; Neumann, 315. 1; Meisner, 315; Dernburg. § 86, V; Planck, 319, 1; Enneccerus-Lehmann, § 151, 1b; Prot. I, S. 465. Der im Text vertretenen Ansicht sind: Goldmann-Lilienthal zu 315; Crome, § 146, Note 17. Alle, die das Urteil für konstitutiv halten (s. Anm. 5), müssen natürlich die Zulässigkeit einer Feststellungsklage überhaupt ablehnen, weil diese nur bei Klagen mit deklarativem Urteil denkbar ist.

8) Goldmann-Lilienthal zu § 315; Kuhlenbeck, 315, 2; Crome, § 146, II, 2b; Prot. I, S. 465; Planck, 315, 3; Matthiaß, a. a. O.; Oertmann, 315, 4; Meisner, 315; Schollmeyer, 315, 4; anders anscheinend Motive II, S. 192–193.

9) Goldmann-Lilienthal, § 95, II, 2.

§ 16.

Sowohl für die nach billigem Ermessen, als auch für die nach freiem Belieben zu treffende Bestimmung gilt die Vorschrift des § 318 Abs. 2 über die Anfechtung der Bestimmung wegen Irrtums, Drohung und arglistiger Täuschung.

Anfechtungsberechtigt sind danach nur die Vertragschließenden, nicht auch der Dritte. Dies erscheint als eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen, wonach der, der bei der Abgabe einer Willenserklärung im Irrtum war oder zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, die Erklärung anfechten kann (vgl. §§ 119, 123).

Wenn nun das Gesetz hier dem Dritten kein Anfechtungsrecht gegeben hat, so erklärt sich das nicht etwa daraus, daß „der Vertragswille der Parteien durch die dem Dritten überlassene Bestimmung ergänzt wird", und mithin die Erklärung des Dritten als die Erklärung der Parteien aufzufassen ist; das Falsche dieser Auffassung wurde schon oben dargelegt, zeigt sich des weiteren aber hier noch darin, daß, wenn sich wirklich schon aus dem Verhältnis der Bestimmung zum Vertrage ergäbe, daß nicht der Dritte, sondern nur die Parteien anfechten könnten, es doch eigentlich überflüssig gewesen wäre, dies noch besonders im Gesetz zu betonen.

Daß das Anfechtungsrecht nun hier nicht dem Dritten, sondern den Vertragschließenden zusteht, stellt sich vielmehr in der Tat als eine Ausnahme von

den allgemeinen Grundsätzen dar. Es findet aber seine Erklärung einfach darin, daß die Lage der Parteien eine höchst unglückliche wäre, wenn es in das Belieben des Dritten, der doch materiell an der Anfechtung gar nicht interessiert ist, weil nicht seine Rechtsverhältnisse, sondern die Parteien durch die Bestimmung betroffen werden, gestellt sein würde, ob er seine Bestimmung anfechten wolle oder nicht.[1] Darum bestimmt hier das Gesetz mit gutem Grunde, daß das Anfechtungsrecht nur den Kontrahenten zustehe. Eine Ausnahme von diesem Regelfalle ist im Falle des § 660 zu machen, insofern, als auch dem Auslobenden das Anfechtungsrecht zuzubilligen ist. Denn hier hat auch dieser ein eigenes Interesse an der Unanfechtbarkeit der Bestimmung, weil er zugleich Preisrichter und Schuldner der Beteiligten ist.[2]

Das Anfechtungsrecht steht den Parteien, also dem Gläubiger sowohl wie dem Schuldner grundsätzlich gleichmäßig zu. Nicht richtig ist es, daß die Anfechtung nur dem zustehe, der durch die Erklärung unmittelbar benachteiligt sei,[3] oder daß anfechtungsberechtigt nur die Partei sei, deren Willen durch den Dritten in schadenbringender Weise ergänzt würde.[4]

---

1) Staudinger, 318; Kipp, a. a. O., S. 23; Schollmeyer, 318, 2b; Protokolle I, S. 471.

2) Vgl. Oertmann, § 660 3; Planck § 660, c; Staudinger, 660, No. 10; Elster, im Archiv f. Bürgerl. Recht Bd. 18, S. 186.

3) So Kipp, a. a. O.

4) So Enneccerus § 151; ähnlich auch Dernburg a. a. O; „der durch die Bestimmung beeinflußte Verletzte ist anfechtungsberechtigt."

Dieser Gedanke liegt auch der folgenden Argumentation[5] zugrunde, die daher ebenfalls nicht richtig ist:

> „Bei einer Maßbestimmung wird nun die Aufklärung dieses Kausalzusammenhangs (nämlich zwischen Bestimmung und Willensmangel) regelmäßig auch aufklären, ob der Bestimmende ohne den Anfechtungsgrund mehr oder weniger bestimmt haben würde, und damit ist die Person des Anfechtungsberechtigten klar gestellt. Möglicherweise bleiben auch Zweifel. Denn es kann sein, daß durch den entscheidenden Irrtum oder durch den Zwang mehrzeitige Erwägungen des Erklärenden abgeschnitten sind, die möglicherweise zu einer höheren, möglicherweise zu einer niedrigeren Bestimmung geführt hätten. In diesem Falle können sie auch beide anfechten. Ist die Art der Leistung durch den Dritten bestimmt, so steht die Anfechtung stets . . . . beiden Teilen zu. Denn es kann jede Partei an einer Leistung einer anderen Art ein Interesse haben.“[6]

Meines Erachtens ist es gleichgültig, ob der Dritte den Umfang oder die Art des Leistungsgegenstandes bestimmen sollte, stets sind beide Parteien anfechtungsberechtigt. Denn das Interesse an einer endgültigen Regelung ist meistens größer auf Seiten des durch die Bestimmung unmittelbar Geschädigten, jedoch

---

5) Kipp, a. a. O.

6) Ähnlich auch Rehbein a. a O, Note 21; Anfechtungsberechtigt ist die Partei, deren Recht durch die anzufechtende Erklärung berührt wird, möglicherweise beide Parteien, wo es sich nicht bloß um das quantum sondern auch um das quale der Leistung handelt.

auch vorhanden bei der anderen Partei. Ist die Bestimmung infolge des Willensmangels zu niedrig getroffen, so dürfte auch der Schuldner anfechtungsberechtigt sein, da ihm etwas daran liegen muß, zu wissen, ob er seiner Leistungspflicht nun definitiv genügt hat; ist sie aber zu hoch getroffen, so muß selbstverständlich auch der Gläubiger anfechten können, da ihm etwas daran liegen muß, ein unanfechtbares Recht durch die Bestimmung zu erhalten.[7] Hiermit steht auch die Bestimmung des Gesetzes nicht in Widerspruch, die besagt, daß das Anfechtungsrecht „den Vertragschließenden" zustehe.

Hat dagegen eine Partei zu der Täuschung oder Drohung des Dritten arglistigerweise beigetragen, so steht ihr obendrein auch das Anfechtungsrecht nicht mehr zu. Dieses hat dann ausschließlich die andere Partei. Das ergibt sich als selbstverständlich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben.[8]

Anfechtungsgegner ist stets die andere Partei (§ 318, 2), auch dann, wenn beide Parteien an der Anfechtung ein gleiches Interesse haben. Die Anfechtung erfolgt durch die formlose, unwiderrufliche Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Sie hat unverzüglich zu erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat (§ 318, 2). Es kommt also lediglich auf die Kenntnis der Partei, nicht auf die des Dritten an. Ist die Erklärung einem

7) Vgl. Schollmeyer 318, 2b.

8) Planck, 318, 3b; Kipp, S. 23; Schollmeyer, a. a O.

Abwesenden gegenüber abzugeben, so genügt es, daß sie unverzüglich abgesandt worden ist (§ 121, 1 S. 2). Die Anfechtung ist ohne Rücksicht auf die Kenntnis ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Bestimmung 30 Jahre verstrichen sind (§ 318, 2).

Daß die Anfechtung sowohl bei Irrtum, als auch bei Drohung und Täuschung gleichmäßig unverzüglich nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes erfolgen muß, stimmt mit den allgemeinen Grundsätzen, die über Anfechtung einer Willenserklärung wegen eines solchen Willensmangels gelten, überein nur insoweit, als die Anfechtung wegen Irrtums (vgl. §§ 121 und 318, 2), weicht aber ab insoweit, als eine Anfechtung wegen Drohung oder Täuschung in Betracht kommt. Denn einerseits ist im Falle der Täuschung und Drohung nach den allgemeinen Regeln (§ 124) die Anfechtung noch binnen Jahresfrist zulässig, andererseits braucht sie im Falle der Drohung erst nach dem Aufhören der Zwangslage zu erfolgen. Daß das Aufhören der Zwangslage im Falle des § 318, 2 nicht als Ausgangspunkt für die Anfechtung genommen ist, sondern die Kenntnis der Drohung, ist begreiflich; denn der Anfechtungsberechtigte befindet sich in keiner Zwangslage, weil die Person des Anfechtungsberechtigten stets eine andere ist, als die des Gezwungenen. Es ist auch verständlich, daß im Falle der Täuschung und Drohung die Anfechtung nicht noch binnen Jahresfrist, sondern unverzüglich nach Kenntnis erfolgen muß, den das Vertragsverhältnis, das durch die Überlassung der Bestimmung des Vertragsinhalts an einen Dritten schon an sich der völligen Bestimmtheit entbehrt, darf nicht

noch unbestimmter gestaltet werden.[9] — Es kann daher mit Recht den Parteien zugemutet werden, einen unverzüglichen Gebrauch von der Anfechtung zu machen, zumal sie auch gar nicht selbst die Getäuschten und Gezwungenen sind.[10] Die Anfechtungsfrist von 30 Jahren ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Anfechtungsgrundes entspricht den allgemeinen Grundsätzen. (§§ 121, 2, 124, 2.) Sie ist eine Präklusivfrist, also den Hemmungs- und Unterbrechungsgründen der Verjährung nicht ausgesetzt. Sie ist nur dann gewahrt, wenn innerhalb der 30 Jahre die Anfechtungserklärung dem Anfechtungsgegner zugegangen ist (§ 130). Im übrigen gelten für die Fälle der durch Irrtum, Drohung oder Betrug beeinflußten Bestimmung des Dritten ausschließlich die allgemeinen Regeln. So kommt es beim Irrtum wie sonst darauf an, ob der Dritte bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles (d. h. der Dritte als verständiger Mann gedacht) die Bestimmung nicht getroffen haben würde (§ 119). Stets ist auch zu prüfen, ob zwischen Irrtum und Erklärung ein ursächlicher Zusammenhang bestand. Dabei sind natürlich auch die verschiedenen Fälle des Irrtums zu beachten, der Irrtum in der Erklärungshandlung, das Sichverschreiben, Sichversprechen, der Irrtum über den Inhalt der Erklärung, über Sacheigenschaften: der Dritte hatte eine bronzene Sache zu schätzen, er hielt sie für kupfern. Hierher gehört

9) Freilich meint Kipp, a. a. O. S 23: „Warum bei der Anfechtung wegen Drohung und Betruges nicht wie sonst (§ 124, 1) für die Anfechtung die Jahresfrist nach Kenntnis zugelassen ist, ist nicht einzusehen."

10) Protokolle I, S. 471, 472.

auch der Irrtum über die wirtschaftliche Ertragsfähigkeit einer Sache: der Dritte hatte ein Haus mit 6 Wohnungen zu schätzen, er glaubte, er hätte nur vier, oder er ist über die Bebaubarkeit eines Grundstücks, seine Verwendbarkeit, seine Steuerverhältnisse im Irrtum. Der Irrtum im Motive findet selbstverständlich auch hier keine Beachtung: so, wenn der Dritte den Preis für einen Weinberg bestimmen sollte und er sich dabei in der Erwartung, daß die nächste Weinbergernte eine große sein werde, täuschte. Anders natürlich, wenn er die Pachtsumme für eine Bierwirtschaft bestimmen soll, die, wie er meinte, 800 hl, in Wirklichkeit jedoch nur 500 hl im Jahr ausschenkte usw.[11]

Von Interesse ist auch die Frage, ob im Falle der Anfechtung wegen Irrtums für einen der Beteiligten eine Ersatzpflicht in bezug auf das negative Vertragsinteresse entsteht. — Nach § 122 hat der Urheber, der irrtümlichen Erklärung dem anderen den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hat. Der Urheber der Erklärung ist hier der Dritte. Es verstieße jedoch wider Treu und Glauben, wollte man den Dritten, der einerseits an der Erklärung gar nicht interessiert ist, andererseits nicht einmal die Haftpflicht durch Unterlassen der Anfechtung abwenden kann,[12] hier haften lassen. Für den Dritten kann daher immer nur, wie schon oben auseinandergesetzt wurde, eine Haftung aus unerlaubter Handlung in Betracht kommen, zu-

11) Staudinger, 119, VI.
12) Kipp, S. 23.

weilen auch bei einem zugrunde liegenden Verpflichtungsverhältnis eine Haftung aus diesem.

Eine Ersatzpflicht des negativen Vertragsinteresses kann auch nicht für die die Bestimmung anfechtende Partei in Betracht kommen; eine solche wäre schon deshalb ungerecht, weil die Stellung der Parteien, die regelmäßig beide anfechtungsberechtigt sind, doch im Grunde die gleiche ist.

Im Falle der Täuschung und der Drohung ist wie sonst darauf zu achten, ob die Täuschung und die Drohung für den Dritten bei Abgabe der Erklärung bestimmend gewesen sind; auch muß die Drohung widerrechtlich sein.

Praktisch dürfte der Fall von Wichtigkeit sein, daß eine Partei selbst die täuschende bezw. drohende gewesen ist, wie in folgendem Beispiel:[13] Es hat eine Partei die andere dadurch getäuscht, daß sie die Wiese, die sie veräußert hatte, und deren Preis in dem Jahre der Veräußerung bestimmt werden sollte, in diesem Jahre arglistig mehr als wirtschaftsmäßig künstlich gedüngt und berieselt hatte. Ebenso könnte auch eine dritte zur Bestimmung des Preises der Wiese ausersehene Person getäuscht werden. In diesem Falle hätte die geschädigte Person zwei Möglichkeiten, sie kann die Bestimmung wegen Täuschung anfechten und gegen die arglistige Person einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung erheben[14] nach § 826, und

---

13) RG. 2, No, 195.

14) Vgl. Staudinger, § 123, VI; Kuhlenbeck, § 123; A. Ans. Hölder zu § 123, 7.

wenn der Tatbestand des Betruges (StGB. § 263) erfüllt ist, auch nach § 823, 2. Dies hat die Bedeutung, daß, wenn das Anfechtungsrecht infolge Fristversäumnis verwirkt ist, eine Beseitigung der Bestimmung doch noch im Hinblick auf § 826 und § 249 möglich ist, indem nämlich hiernach der Zustand wieder herzustellen wäre, der bestehen würde, wenn der zum Schaden verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.[15]

Hat dagegen eine Partei von der Täuschung oder Drohung erfahren, jedoch geschwiegen, weil die so beeinflußte Bestimmung ihr vorteilhaft war, ohne aber persönlich in irgend einer Weise zu derselben beigetragen zu haben, so dürfte der anderen Partei gegen diese Partei neben dem Anfechtungsrecht ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung nicht zustehen; denn eine Pflicht zur Anfechtung besteht in keinem Falle; mithin hat jene Partei weder widerrechtlich, noch gegen Treu und Glauben gehandelt. Müßte man doch sonst in dem sehr ähnlichen Falle des § 122, 2 ebenfalls eine solche Schadensersatzpflicht annehmen. A. will bei B. 1000 Ztr. Kohlen bestellen, verschreibt sich aber, indem er anstatt 1000, 10000 schreibt. B. weiß aber, daß A. sich verschrieben hat, nimmt aber seines Vorteils wegen an. Hier trifft den B. keinerlei Ersatzpflicht, der einzige Nachteil, den er erleidet, ist der, daß er das negative Vertragsinteresse nicht ersetzt verlangen kann.

---

15) Vgl. Staudinger, § 123 VI; Werner, im Recht 1905. S. 303 ff.; and. Ans. RG. 63, 268.

Auch die Vorschriften der §§ 117 und 118 können Anwendung finden.[16] Danach ist eine Bestimmung, die der Dritte im Einverständnis mit der Vertragspartei, an die er seine Erklärung richtet, nur zum Scheine abgibt oder nur zum Scherze erklärt, nichtig. Auch in letzterem Falle (§ 118) kann eine Ersatzpflicht gemäß § 122 nicht in Betracht kommen.

Auch Formenmangel und gesetzliches Verbot (§§ 125[17] und 134 können als Nichtigkeitsgründe vorkommen.

§ 17.

Die gemäß §§ 318, (119, 123) angefochtene Bestimmung ist als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142); sie wird also so behandelt, als wäre sie überhaupt nicht abgegeben. Somit entsteht nun die Frage, ob der Dritte noch einmal die Bestimmung treffen kann, und ob die Parteien noch nach wie vor hieran gebunden sind. Dies ist anzunehmen. Denn nach dem Vertrage sollte der Dritte die Bestimmung treffen, mithin kann er sie, da seine erste durch den Willensmangel beeinflußte Bestimmung als überhaupt nicht abgegeben gilt, nun in freiem Zustande von neuem treffen. Hat sich der Dritte verpflichtet, so muß er die Bestimmung nachholen. Eine richterliche Korrektur erwähnt das Gesetz nur bei offenbarer Unbilligkeit, nicht auch in diesen Fällen der Anfechtbarkeit wegen Irrtums usw. Die Parteien sind also auch

16) Schollmeyer, 318, 2; Planck, 318, 3b; Neumann 318.
17) Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138).

jetzt noch der Bestimmung des Dritten unterworfen.[1] Jedoch mit einer wesentlichen Einschränkung! Liegt bereits eine Verzögerung vor, so geht aus diesem Grunde nunmehr das Bestimmungsrecht auf den Richter über. Allein deswegen aber, weil nun der Dritte schon einmal bestimmt hat, liegt noch keine Verzögerung vor.[2] Eine Verzögerung ist, wie oben dargelegt, erst dann gegeben, wenn die Interessen der Parteien gefährdende Umstände eingetreten sind.

Auch den Parteien ist mehr damit gedient, wenn der Dritte die Bestimmung nachholt, als wenn sie im Wege des Prozesses durch den Richter zu erfolgen hat. Dadurch würden nicht „unabsehbare Weiterungen" entstehen,[3] wenn nämlich auf diese Weise zunächst ein Prozeß mit seinen Weiterungen und Kosten vermieden wird.[4]

Von besonderer Bedeutung ist die nochmalige Ausübung des Bestimmungsrechts für die Bestimmung nach freiem Belieben. Denn hier, wo eine Bestimmung durch den Richter überhaupt nicht in Betracht kommt, wird auf diese Weise das Unwirksamwerden des Vertrages verhindert. Außerdem bildet die Anfechtung wegen Irrtums usw. einen gewissen Ersatz für das Fehlen der Anfechtungsmöglichkeit wegen offenbarer Unbilligkeit.

---

1) Vgl. Planck, 318, 3b; Oertmann, 318, 4; Staudinger, 318, 2; Kuhlenbeck, 318, 3; Neumann, 318; Schollmeyer, 318, 2; Liebe I, § 84. II, 2a S.; ROHG. 11, S. 249.

2) Das meinen Goldmann-Lilienthal, a. a. O.

3) So Dernburg, § 87, III, 3; Crome, § 164 No. 8.

4) So Planck, a. a. O.; Oertmann, a. a. O.

Die Anfechtung wegen Irrtums, Drohung oder Täuschung kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden.

§ 18.

Dies zeigt nun, daß die Rechtsfolgen einer nach § 318 und einer wegen offenbarer Unbilligkeit angefochtenen wesentlich verschiedene sind. An sich ist eine durch einen Willensmangel beeinträchtigte Bestimmung genau so sachwidrig wie eine „offenbar unbillige". Während aber dort der Dritte die Bestimmung in freiem Zustande und wenn noch keine Verzögerung vorliegt, nachholen kann, tritt hier an die Stelle des Dritten sofort der Richter. Es liegt hier der wichtige Gedanke zugrunde, daß wenn der Dritte durch einen Willensmangel beeinflußt war, kein Bedenken besteht, daß er frei von dem Willensmangel die Bestimmung in billiger Weise zu treffen imstande sein wird, während dies bei einem Dritten, für den jene Entschuldigung der Beeinflussung durch Willensmängel nicht besteht, und der trotzdem unbillig entschieden hat, nicht anzunehmen ist.

Daher ist eine Anfechtung wegen Irrtums usw. selbt dann zulässig, wenn die unrichtige Bestimmung gleichzeitig eine offenbar unbillige ist, da nämlich die wegen Irrtums anfechtende Partei damit erreicht, daß der Dritte nunmehr die Bestimmung noch einmal zu treffen hat.

Auch aus einem anderen Gesichtspunkte ist die Anfechtung wegen Irrtums usw. von Bedeutung. Die Anfechtung wegen offenbarer Unbilligkeit des Spruches wird nicht immer genügen. Sie ist nur dann möglich, wenn der Dritte die Grenzen billigen Ermessens nicht

eingehalten hat. Im Falle eines Irrtums aber wird man mitunter annehmen können, daß die getroffene Bestimmung trotz des Irrtums doch aus dem billigen Ermessen [1] des Dritten hervorgegangen ist. Es wird in solchen Fällen stets besser sein, sich auf den Willensmangel zu berufen, als das Resultat der Schätzung als solches anzugreifen. Denn ein Streit, ob die Bestimmung zu hoch oder zu niedrig ist, ist hier ausgeschlossen. Schon allein der Willensmangel genügt, um die Beseitigung der Bestimmung herbeizuführen. Die Anfechtungsmöglichkeit allein wegen offenbarer Unbilligkeit würde den Parteien also nicht immer genügen.[2] Immerhin wird die Anfechtung wegen offenbarer Unbilligkeit doch im allgemeinen von größerer Bedeutung sein. Denn ist das Resultat ein so unsachgemäßes, daß die offenbare Unbilligkeit klar zutage liegt, so ist auch bei Vorliegen eines Willensmangels den Parteien die Anfechtung wegen offenbarer Unbilligkeit ohne weiteres gestattet. Immerhin ist aber daran festzuhalten, daß sowohl im Falle der offenbaren Unbilligkeit als auch im Falle des Vorhandenseins eines Willensmangels die Anfechtung begrifflich dieselbe Bedeutung hat, und daß somit den Parteien die Wahl zwischen beiden Möglichkeiten offen steht. Meistens werden sie unter den oben geschilderten Voraussetzungen besser fahren, wenn sie zur Anfechtung wegen Irrtums usw. greifen. Es lassen sich aber auch Fälle denken, wo umgekehrt die Anfechtung wegen Irrtums nicht zum Ziele führen würde und doch unter Umständen noch der Ausweg

1) Schollmeyer, § 318, 2a Abs. 2.
2) Protokolle I, S. 471.

der Anfechtung wegen offenbarer Unbilligkeit gegeben ist. Folgendes Beispiel [3] dürfte zur Erläuterung dienlich sein:

Es hat sich bei Gelegenheit eines Kaufgeschäftes der Verkäufer bei der im voraus von ihm vorgenommenen Berechnung des Kaufpreises für die zu liefernde Ware infolge eines Rechenfehlers geirrt und den so veranschlagten Preis dem Käufer mitgeteilt und mit ihm daraufhin den Kauf abgeschlossen. Der hierauf erfolgten Anfechtungsklage des Kaufgeschäfts wegen Irrtums seitens des Verkäufers hat das Reichsgericht mit Recht nicht stattgegeben. Denn in dem Augenblicke, als der Verkäufer den Preis der Gegenpartei erklärte, war er über diese seine Erklärung nicht im Irrtum; gerade den Preis, den er offerierte, wollte er auch. Der Irrtum in der Preisberechnung betrifft nur einen der Preisofferte voraufgegangenen außerhalb des Rahmens der rechtsgeschäftlichen Erklärungen liegenden Umstand, wodurch der Kläger lediglich bewogen worden ist, die Preisofferte, so wie er sie gestellt hat, abzugeben. Ein solcher Irrtum im Beweggrunde ist aber rechtlich unerheblich.

Hätte nun die Preisbestimmung hier in den Händen eines Dritten gelegen, so wäre zwar auch eine Anfechtung wegen Irrtums unstatthaft, eine Anfechtung wegen offenbarer Unbilligkeit aber möglicherweise erfolgreich gewesen. Denn auch dann, wenn der Dritte von falschen Voraussetzungen ausgegangen ist, kann seine Bestimmung eine offenbar unbillige sein.

3) RG., Bd. 55, 370.